BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Das

Oesterreichische

bürgerliche Recht,

systematisch dargestellt und erläutert

von

D. Joseph Winiwarter,

wirklichem k. k. Regierungsrathe und Professor der Rechte an der Universität zu Wien.

Zweyter Theil.

Wien.

Bey J. G. Ritters v. Mösle sel. Witwe.

1832.

98. D.

Des

dinglichen Sachenrechtes

erste Abtheilung,

nach dem

Oesterreichischen

allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche,

systematisch dargestellt und erläutert

von

D. Joseph Winiwarter,

wirklichem k. k. Regierungsrathe und Professor der Rechte an der Universität zu Wien.

Wien.

Bey J. G. Ritters v. Mösle sel. Witwe.

1832.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhalt.

Zweyter Theil des bürgerlichen Gesetzbuches.

Von dem Sachenrechte.

Von Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung.

§. 1. Begriff von Sachen im rechtlichen Sinne . . . . Seite 1
§. 2. Eintheilung der Sachen nach dem Subjecte, dem sie gehören . . . . . — 2
§. 3. Unterabtheilung der öffentlichen und der Gemeindegüter — 4
§. 4. Welche Vorschriften rücksichtlich der Staats- und Gemeindegüter zu beobachten sind . . . . . — 4
§. 5. Eintheilung der Sachen nach ihrer verschiedenen Beschaffenheit:
1. In körperliche und unkörperliche . . . . . — 6
§. 6. 2. In bewegliche und unbewegliche . . . . . — 7
§. 7. Zugehör überhaupt . . . . . — 7
§. 8. Insbesondere: Zugehör der Grundstücke und Teiche . — 10
§. 9. Zugehör eines Gebäudes . . . . . — 11
§. 10. In wie fern Rechte zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen gehören . . . . . — 14
§. 11. Rechtsfolgen, welche sich aus dem Unterschiede, ob eine Sache beweglich oder unbeweglich ist, ergeben . . — 16
§. 12. 3. In verbrauchbare und unverbrauchbare . . . . . — 17
§. 13. 4. In einzelne und Gesammtsachen . . . . . — 18
§. 14. 5. In schätzbare und unschätzbare . . . . . — 20
§. 15. Ordentlicher und außerordentlicher Preis . . . . . — 21
§. 16. 6. In theilbare und untheilbare . . . . . — 23

§. 17. Eintheilung des Sachenrechtes in dingliches und persönliches Recht . . . . . Seite 24
§. 18. Arten des dinglichen Rechtes . . . . . — 27

Erste Abtheilung des Sachenrechtes.

Von den dinglichen Rechten.

Erstes Hauptstück.

Von dem Besitze.

Erster Abschnitt.

Begriff des Besitzes und verschiedene Arten desselben.

§ 19. Innehabung. Besitz körperlicher Sachen . . . . . Seite 29
§. 20. Besitz der unkörperlichen Sachen oder der Rechte . . — 30
§. 21. Natürlicher und bürgerlicher Besitz . . . . . — 31
§. 22. Tabular-Besitz . . . . . — 32

Zweyter Abschnitt.

Erwerbung des Besitzes.

§. 23. Erfordernisse zur Erwerbung des Besitzes:
1. Eine des Besitzes fähige Person . . . . . Seite 35
§. 24. 2. Eine zum Besitze geeignete Sache . . . . . — 36
§. 25. 3. Die Besitzergreifung:
a) Bey körperlichen Sachen . . . . . — 37
§. 26. b) Bey unkörperlichen Sachen . . . . . — 38
§. 27. Umfang des Besitzes nach dem Unterschiede, ob er unmittelbar oder mittelbar erworben wird . . . . . — 39
§. 28. Besitzerwerbung durch Mittelspersonen . . . . . — 41

Dritter Abschnitt.

Eintheilungen des Besitzes.

§. 29. Rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitz . . . . . Seite 42
§. 30. Die Innehabung gibt keinen Titel zum Besitze . . . — 45

§. 31. Wirkung des bloßen Titels und Erfordernisse zur Erlangung des Besitzrechtes . . . . . Seite 46
§. 32. Redlicher und unredlicher Besitz . . . . . — 48
§. 33. Beurtheilung der Redlichkeit oder Unredlichkeit eines Besitzes:
a) Ueberhaupt . . . . . — 51
§. 34. b) Im Falle der Besitzerwerbung durch einen Andern . — 52
§. 35. c) In Ansehung einer Gemeinde . . . . . — 56
§. 36. d) In Ansehung einer anderen moralischen Person . . — 58
§. 37. Echter, unechter Besitz . . . . . — 58

Vierter Abschnitt.

Von dem Besitzrechte.

§. 38. Allgemeine Besitzrechte:
a) Der Besitzer kann zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden . . . . . Seite 61
§. 39. b) Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug . . . — 62
§. 40. Ausnahmen von der Regel, daß der Besitzer zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden kann . . . — 63
§. 41. c) Niemand darf den Besitzer eigenmächtig stören . . — 64
§. 42. Besondere Rechtsmittel:
aa) Gegen Störungen durch eine Bauführung . . . — 65
§. 43. bb) Bey der durch einen vorhandenen Bau entstehenden Gefahr . . . . . — 67
§. 44. d) Der Besitzer kann sich auch eigenmächtig im Besitze schützen . . . . . — 68
§. 45. Rechte des bloßen Inhabers . . . . . — 69
§. 46. Besondere Besitzrechte . . . . . — 71
§. 47. Rechte des redlichen Besitzers:
a) Rücksichtlich der Substanz der Sache . . . . . — 72
§. 48. b) Rücksichtlich der Nutzungen . . . . . — 73
§. 49. c) Rücksichtlich des Aufwandes . . . . . — 75
§. 50. d) Rücksichtlich des für die Sache ausgelegten Preises . — 78
§. 51. Ein Rententionsrecht gebührt weder dem Inhaber noch dem redlichen Besitzer . . . . . — 79
§. 52. Verbindlichkeiten des unredlichen Besitzers . . . . . — 80
§. 53. Recht des unredlichen Besitzers, in Beziehung auf den gemachten Aufwand . . . . . — 81
§. 54. Rechtsverhältniß des Besitzers, wenn er aufhört ein redlicher zu seyn . . . . . — 83

§. 55. Rechte des echten gegen den unechten Besitzer . . . . Seite 84
§. 56. Von den Besitzklagen . . . . . — 86

Fünfter Abschnitt.

Von den Arten, wie der Besitz aufhört.

§. 57. Wie der eigentliche oder natürliche Besitz verloren geht . Seite 88
§. 58. Wie der Tabular-Besitz aufhört . . . . . — 91
§. 59. Wie der Besitz der Rechte, welche in die öffentlichen Bücher nicht eingetragen sind . . . . . — 91
§. 60. Verlust des Besitzes durch Stellvertreter . . . . . — 93
§. 61. In wie fern der Besitz zu den dinglichen Rechten gehöre . — 94

Zweytes Hauptstück.

Von dem Eigenthumsrechte.

§. 62. Begriff des Eigenthums . . . . . Seite 97
§. 63. In welchen Sachen und von welchen Personen Eigenthum erworben werden könne . . . . . — 98
§. 64. Eintheilungen des Eigenthums:
1. In vollständiges und unvollständiges . . . . . — 99
§. 65. 2. In unbeschränktes und beschränktes . . . . . — 101
§. 66. Entstehung des unvollständigen Eigenthums und Arten desselben . . . . . — 102
§. 67. 3. In Allein- und Miteigenthum . . . . . — 105
§. 68. 4. In widerrufliches und unwiderrufliches . . . . . — 106
§. 69. Rechte des Eigenthümers und Gränzen derselben . . . — 107
§. 70. Klagen aus dem Eigenthumsrechte:
A. Eigentliche Eigenthumsklage . . . . . — 111
§. 71. Beschränkungen der Eigenthumsklage:
1. Wegen der von dem Kläger selbst geschehenen Veräußerung . . . . . — 113
§. 72. 2. Zur Begünstigung des Verkehres . . . . . — 114
§. 73. Was dem Kläger in der Eigenthumsklage zu beweisen obliegt:
1. Die Innehabung von Seite des Geklagten . . . . — 118
§. 74. 2. Daß er wirklich Eigenthümer sey . . . . . — 122
§. 75. B. Klage aus dem vermutheten Eigenthume . . . . — 123
§. 76. Gegen wen die Klage aus dem vermutheten Eigenthume Statt findet . . . . . — 124
§. 77. Schutzmittel des bloßen Inhabers gegen die Eigenthumsklage . . . . . — 127

§. 78. Besondere, bey der Eigenthumsklage zuweilen eintretende rechtliche Folgen:
a) Wenn der Geklagte den Besitz läugnet . . . . Seite 128
§. 79. b) Wenn er fälschlich zu besitzen vorgibt . . . . . — 129
§. 80. c) Wenn er den Besitz widerrechtlich fahren ließ . . . — 130
§. 81. Was dem Geklagten außer der Herausgabe der Sache noch zu leisten obliege . . . . . — 131

Drittes Hauptstück.

Von der Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung.

§. 82. Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt . Seite 133
§. 83. Von der Erwerbung durch Zueignung . . . . . — 134
§. 84. Wem die Befugniß, sich Sachen zuzueignen, zustehe . — 135
§. 85. Von den einzelnen Arten der Zueignung, und zwar:
1. Von dem Thierfange . . . . . — 136
§. 86. 2. Von dem Finden freystehender Sachen . . . . . — 139
§. 87. 3. Von der Erwerbung freystehender unbeweglicher Sachen — 141
§. 88. 4. Von dem Finden verlorner Sachen . . . . . — 142
§. 89. Was bey dem Finden verlorner Sachen zu beobachten ist — 143
§. 90. Rechte des Finders:
a) Auf den Finderlohn . . . . . — 145
§. 91. b) Recht, die gefundene Sache zu benützen . . . . . — 148
§. 92. c) Recht, die gefundene Sache als eigen zu erwerben . — 149
§. 93. Folgen der Außerachtlassung der rücksichtlich der gefundenen Sachen zu beobachtenden Vorschriften . . . — 152
§. 94. Rechte der Mitfinder . . . . . — 153
§. 95. Von dem Finden öffentlicher Obligationen und anderer Urkunden . . . . . — 154
§. 96. 5. Von dem Finden verborgener Gegenstände, welche kein Schatz sind . . . . . — 156
§. 97. 6. Von dem Finden eines Schatzes . . . . . — 158
§. 98. Vertheilung eines Schatzes . . . . . — 160
§. 99. Von der Beute . . . . . — 162
§. 100. Recht aus der Rettung einer fremden beweglichen Sache — 162

Viertes Hauptstück.

Von der Erwerbung des Eigenthums durch Zuwachs.

§. 101. Begriff und Eintheilung des Zuwachses . . . . Seite 164

§. 102. I. Natürlicher Zuwachs:
1. Durch Entstehung der Früchte oder Werfen der Thiere Seite 165
§. 103. 2. Durch Entstehung einer Insel . . . . . — 165
§. 104. 3. Durch das verlassene Wasserbett . . . . . — 169
§. 105. 4. Durch das Anspühlen . . . . . — 170
§. 106. 5. Durch das Ansetzen eines abgerissenen Landes . . — 171
§. 107. Warnung wegen eigenmächtiger Wasserbauten oder Veränderungen der Ufer . . . . . — 171
§. 108. II. Künstlicher Zuwachs:
1. Durch Verarbeitung oder Vereinigung überhaupt . — 173
§. 109. 2. Insbesondere;
a) Durch Verwendung fremder Materialien zur Ausbesserung. . . . . — 177
§. 110. b) Durch das Bauen . . . . . — 179
§. 111. Erster Fall. Bauen mit fremden Materialien auf eigenem Boden . . . . . — 180
§. 112. Zweyter Fall. Bauen mit eigenen Materialien auf fremdem Boden . . . . . — 181
§. 113. Dritter Fall. Bauen mit fremden Materialien auf fremdem Boden . . . . . — 182
§. 114. III. Vermischter Zuwachs durch Säen und Pflanzen . — 182
§. 115. Nach welchen Regeln die zweifelhaften Rechte rücksichtlich eines Baumes, oder der Früchte desselben beurtheilt werden . . . . . — 183

Fünftes Hauptstück.

Von der Erwerbung des Eigenthumes durch Uebergabe.

§. 116. Von der mittelbaren Erwerbung überhaupt . . . Seite 185
§. 117. Titel der mittelbaren Erwerbung . . . . . — 185
§. 118. Erwerbungsart . . . . . — 187
§. 119. Insbesondere:
I. Bey beweglichen Sachen . . . . . — 188
§. 120. Wann die Uebergabe bey übersendeten Sachen für geschehen anzunehmen ist . . . . . — 193
§. 121. Wirkung der Uebergabe, wenn die nähmliche Sache an Mehrere veräußert worden ist . . . . . — 194
§. 122. II. Erwerbungsart bey unbeweglichen Sachen . . . — 198
§. 123. Von den Erfordernissen der Eintragung in die öffentlichen Bücher zum Behufe der Erwerbung des Eigenthums:
1. Ueberhaupt . . . . . — 199

§. 124. 2. Insbesondere von der Erwerbung des Eigenthums durch Intabulation, und zwar:
a) Vermittelst eines Vertrages . . . . . Seite 202
§. 125. b) Mittelst Urtheiles oder anderer gerichtlicher Urkunden — 205
§. 126. c) In Folge eines Vermächtnisses . . . . . — 206
§. 127. Schutzmittel gegen unrechtmäßige Einverleibungen . . — 207
§. 128. 3. Von der Erwerbung des Eigenthums durch Vormerkung . . . . . — 209
§. 129. Wem das Eigenthum gebühre, wenn die nähmliche unbewegliche Sache an Mehrere veräußert worden ist, und nach welchen Regeln die Priorität zu bestimmen sey — 212
§. 130. Wirkung des in die öffentlichen Bücher eingetragenen Eigenthums . . . . . — 214
§. 131. Folgen der Erwerbung des Eigenthums:
a) Hinsichtlich der mit der Sache verbundenen Rechte . — 215
§. 132. b) Rücksichtlich der mit der Sache verbundenen Lasten . — 217
§. 133. Von den Arten, auf welche das Eigenthum aufhört . — 218
§. 134. Allgemeine Regel rücksichtlich der Führung der öffentlichen Bücher . . . . . — 219

Sechstes Hauptstück.

Von dem Pfandrechte.

§. 135. Pfandrecht und Pfand überhaupt. . . . . Seite 221
§. 136. Was verpfändet werden kann. Pfand und Hypothek . — 222
§. 137. Titel zum Pfandrechte . . . . . — 223
§. 138. Erwerbungsart des Pfandrechtes . . . . . — 227
§. 139. Insbesondere bey beweglichen Sachen, rücksichtlich welcher eine körperliche Uebergabe nicht Statt findet . — 227
§. 140. Erwerbung des Pfandrechtes bey unbeweglichen Sachen:
a) Durch Intabulation . . . . . — 229
§. 141. b) Durch Pränotation. Wann dieselbe Statt finde . . — 230
§. 142. Wirkung der Pränotation . . . . . — 231
§. 143. Erwerbung eines Afterpfandes . . . . . — 233
§. 144. Wirkung des Afterpfandes. . . . . — 234
§. 145. Wirkung der Verpfändung einer fremden Sache. . . — 238
§. 146. Umfang des Pfandrechtes rücksichtlich des Gegenstandes — 240
§. 147. Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers:
A. Vor der Verfallszeit der Forderung, und zwar:
1. Wenn das Pfand als unzureichend erscheint . . . — 244

§. 148. 2. Rücksichtlich der Aufbewahrung und des Zufalls . Seite 247
§. 149. B. Nach der Verfallszeit der Forderung . . . . . — 248
§. 150. In wie fern den Pfandgläubigern das Einlösungsrecht zustehe . . . . . — 251
§. 151. Rechte des Schuldners hinsichtlich der gerichtlichen Feilbiethung des Pfandes . . . . . — 254
§. 152. Recht des Pfandgläubigers, auf ein anderes Vermögen seines Schuldners zu greifen . . . . . — 255
§. 153. Recht der Pfandgläubiger gegen den Eigenthümer der verpfändeten Sache . . . . . — 256
§. 154. Erlöschungsarten des Pfandrechtes, ohne Aufhören der Forderung . . . . . — 258
§. 155. Erlöschen des Pfandrechtes in Folge der Tilgung der Forderung . . . . . — 262
§. 156. Rechte der Pfandgläubiger im Falle eines Concurses . — 266
§. 157. Von dem Retentionsrechte . . . . . — 268

Siebentes Hauptstück.

Von Dienstbarkeiten (Servituten).

§. 158. Was unter Dienstbarkeit zu verstehen sey . . . . Seite 270
§. 159. Eintheilungen der Dienstbarkeiten . . . . . — 271
§. 160. Aufzählung der gewöhnlichen Dienstbarkeiten . . . . — 273
§. 161. Abweichungen von der gewöhnlichen Beschaffenheit der als Dienstbarkeiten vorkommenden Rechte . . . . — 275
§. 162. Titel zur Erwerbung des Servituts-Rechtes . . . . — 276
§. 163. Erwerbungsart des Servituts-Rechtes . . . . . — 280
§. 164. Allgemeine, bey den Dienstbarkeiten geltende Grundsätze. Natur des Servituts-Rechtes . . . . . — 284
§. 165. Wie die Dienstbarkeiten auszuüben sind . . . . . — 286
§. 166. Untheilbarkeit der Dienstbarkeiten . . . . . — 287
§. 167. Verhältniß mehrerer zur Dienstbarkeit Berechtigten . — 288
§. 168. Anwendung dieser Grundsätze:
I. Auf die Grunddienstbarkeiten, und zwar:
a) Auf das Recht, eine fremde Mauer zu benützen . . — 289
§. 169. b) Auf das Fensterrecht . . . . . — 290
§. 170. c) Auf das Recht der Dachtraufe und der Ableitung des Regenwassers . . . . . — 291
§. 171. d) Auf das Recht des Fußsteiges, des Viehtriebes und Fahrweges . . . . . — 293

§. 172. e) Auf das Recht Wasser zu schöpfen, und Wasser ab- und herzuleiten . . . . . Seite 295
§. 173. f) Auf das Weiderecht . . . . . — 295
§. 174. aa) Bestimmung rücksichtlich der Gattung des Trieb- viehes . . . . . — 296
§. 175. bb) Rücksichtlich der Anzahl . . . . . — 297
§. 176. cc) Rücksichtlich der Triftzeit . . . . . — 298
§. 177. dd) Rücksichtlich der Benützungsart . . . . . — 299
§. 178. Ausdehnung der vorstehenden Bestimmungen auf andere Dienstbarkeiten . . . . . — 301
§. 179. II. Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die persönlichen Dienstbarkeiten, und zwar:
1. Auf das Gebrauchsrecht . . . . . — 302
§. 180. Umfang des Gebrauchsrechtes . . . . . — 303
§. 181. Beschränkung des Gebrauchsrechtes in Bezug auf die Substanz . . . . . — 304
§. 182. Rechte und Verbindlichkeiten des Proprietars der zum Gebrauche bestimmten Sache . . . . . — 306
§. 183. 2. Auf die Fruchtnießung . . . . . — 307
§. 184. Uneigentliches Gebrauchs- oder Fruchtnießungsrecht . — 308
§. 185. Rechte und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers:
A. Ueberhaupt . . . . . — 309
§. 186. B. Insbesondere:
a) Rücksichtlich der auf der Sache haftenden Lasten . — 311
§. 187. b) Rücksichtlich der Erhaltung der Sache . . . . . — 313
§. 188. c) Rücksichtlich der Bauführungen . . . . . — 314
§. 189. d) Rücksichtlich der Verbesserungen . . . . . — 316
§. 190. Wornach über die Beschaffenheit und die Bestandtheile der Sache zu entscheiden ist . . . . . — 317
§. 191. Theilung der Nutzungen . . . . . — 318
§. 192. Sicherstellung bey dem Gebrauche oder der Fruchtnießung — 320
§. 193. 3. Auf die Dienstbarkeit der Wohnung . . . . . — 321
§. 194. Klagerecht rücksichtlich der Servituten . . . . . — 323
§. 195. Von der Erlöschung der Dienstbarkeiten überhaupt . . — 325
§. 196. Insbesondere:
a) Durch den Untergang der herrschenden oder dienstbaren Sache . . . . . — 326
§. 197. b) Durch Vereinigung . . . . . — 330
§. 198. c) Durch das Aufhören des Rechtes des Vormannes . — 330

§. 199. d) Durch den Verlauf der Zeit . . . . . Seite 332
§. 200. e) Vermöge der Natur der persönlichen Dienstbarkeiten . . . . . — 333
§. 201. Unterschied zwischen Renten und persönlichen Dienstbarkeiten . . . . . — 336

Zweyter Theil
des bürgerlichen Gesetzbuches.

Von dem Sachenrechte.

Von Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung.

§. 1.

Begriff von Sachen im rechtlichen Sinne.

(§. 285 des b. G. B.)

Der zweyte Theil des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches hat das Sachenrecht zum Gegenstande, d. i. den Inbegriff derjenigen Befugnisse, welche dem Menschen aus einem andern Grunde, als wegen seiner Eigenschaften und Verhältnisse zustehen (s. den 1. Thl. dieses Werkes §. 40, S. 99). Der Gegenstand dieser Befugnisse ist eine Sache im rechtlichen Sinne, d. h. Alles, was Object eines Rechtes seyn kann, mit Ausschluß und im Gegensatze von Personen.

Es beginnt dieser Theil wieder mit einer Einleitung, welche von den Sachen überhaupt und ihrer Eintheilung handelt. Den Begriff von Sachen stellt der §. 285 folgender Maßen auf: »Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.« Das Wort Sache in diesem weiten Sinne begreift also Alles, was als Mittel zu Zwecken vernünftiger Wesen verwendet zu werden bestimmt ist, folglich nicht nur die körperlichen leblosen Substanzen, sondern auch die Thiere, die Handlungen der Menschen und die Rechte, weil dieß Alles von der Person verschieden ist, und zum Ge-

brauche der Menschen dient, oder wenigstens dienen kann. Sehr oft wird aber auch das Wort Sache im engeren Sinne genommen, und darunter nur körperliche Substanzen, mit Ausschluß der Handlungen und der Rechte, verstanden. Es muß also in zweifelhaften Fällen aus dem Zusammenhange und der klaren Absicht des Gesetzgebers beurtheilet werden (§. 6), ob dieß Wort in der weiteren oder in der engeren Bedeutung gebraucht wird.

§. 2.

Eintheilung der Sachen nach dem Subjecte, dem sie gehören.

(§§. 285, 287 und 289 des b. G. B.)

Die Sachen werden nach dem Subjecte, dem sie gehören, und nach ihrer Beschaffenheit verschieden eingetheilt; von jener Eintheilung handeln die §§. 286—290; von dieser die §§. 291—303.

In dem Staatsgebiethe gibt es eigentlich keine herrenlosen Sachen, da Alles, was sich in demselben befindet, der Gesammtheit gehört, welche das Gebieth im Ganzen erworben hat. Alle im Staatsgebiethe befindlichen Sachen sind also eigenthümliche oder anspрüchige, d. i. solche, welche entweder schon einen Herrn haben, oder auf welche die Mitglieder des Staates wenigstens ein vorzügliches Recht haben [1]. Die letzteren werden, in so fern sie allen Mitgliedern des Staates zur Zueignung überlassen sind, freystehende Sachen genannt. Man unterscheidet also zuvörderst freystehende Sachen, und Sachen, die einen Herrn haben; aber man könnte nebst diesen noch eine dritte Gattung von Sachen annehmen, nähmlich ansprüchige (res jacentes) in engerer Bedeutung, d. i. solche, auf deren Zueignung jemand ein vorzügliches Recht hat. Das Galizische Gesetzbuch (2. Thl. §. 2) nannte als solche ausdrücklich eine noch nicht angetretene Erbschaft, und einen noch nicht gefundenen Schatz. Allein da nach unserm Gesetzbuche (§. 547) eine noch nicht angetretene Verlassenschaft so angesehen wird, als ob sie noch von dem Verstorbenen besessen würde; so hört das Vermö-

---

[1] S. des Hrn. Regierungsrathes Ritters von Egger Natürliches öffentliches Recht. 1. Bd. §. 165 und 166.

gen eines Verstorbenen eigentlich nicht auf, einen Herrn zu haben, und gehört somit unter die eigenthümlichen Sachen. Auf einen nicht gefundenen Schatz hat zwar der Staat und der Eigenthümer des Grundes in so weit ein vorzügliches Recht, als ihnen ein bestimmter Theil desselben vorbehalten bleibt (§. 399); allein da dieses Recht erst durch das Finden wirksam wird, die Zueignung durch das Finden aber jedermann gestattet ist; so kann der Schatz auch als eine freystehende Sache betrachtet werden, bey deren Erwerbung nur das Besondere eintritt, daß sie gewissen Beschränkungen unterworfen ist.

Die Sachen, welche einen Herrn haben, befinden sich entweder in dem Eigenthume des Staates selbst, oder der Mitglieder desselben, und werden in so fern in öffentliche und Privat-Güter eingetheilt. Die Staatsbürger als Eigenthümer der Privat-Güter sind entweder einzelne, oder moralische Personen, unter jene gehört auch der Landesfürst; diese sind kleinere oder größere Vereine, unter welchen besonders die Gemeinden in Betrachtung kommen.

Was hier in einer etwas verschiedenen Ordnung dargestellt wurde, ist in den §§. 286, 287 und 289 enthalten, welche lauten:

§. 286. »Die Sachen in dem Staatsgebiethe sind entweder ein Staats- oder ein Privat-Gut. Das letztere gehört einzelnen oder moralischen Personen, kleineren Gesellschaften, oder ganzen Gemeinden.«

§. 287. »Sachen, welche allen Mitgliedern des Staates zur Zueignung überlassen sind, heißen freystehende Sachen.«

§. 289. »Auch dasjenige Vermögen des Landesfürsten, welches er nicht als Oberhaupt des Staates besitzt, wird als ein Privat-Gut betrachtet.« Der Landesfürst kann nähmlich, abgesehen von seiner Eigenschaft als Oberhaupt des Staates, Vermögen durch privatrechtliche Acte, z. B. Erbfolge, Schenkung, u. dgl. erwerben, ein solches Vermögen gehört zu den Privat-Gütern, und ist auch nach den bürgerlichen Gesetzen zu beurtheilen (b. G. B. §. 20, 1. Bd. dieses Werkes, §. 44. S. 111).

Das Vermögen aber, welches der Landesfürst als Oberhaupt des Staates besitzt und verwaltet, ist das Staatsvermögen.

§. 3.

Unterabtheilung der öffentlichen und der Gemeinde-Güter.

(§§. 287 und 288 des b. G. B.)

Die Sachen, deren Eigenthum dem Staate gehört, werden entweder den Einzelnen zum Gebrauche überlassen, und heißen dann öffentliche Güter im engeren Sinne: oder die Proprietät sowohl als die Benutzung derselben ist dem Staate vorbehalten; der Inbegriff der letzteren macht das Staatsvermögen aus, zu welchem insbesondere die dem Staate auf gewisse Güter oder die Betreibung bestimmter Erwerbszweige vorbehaltenen Rechte (Regalien) gehören. »Jene Sachen, heißt es im §. 287, die ihnen (den Mitgliedern des Staats) nur zum Gebrauche verstattet werden, als: Landstraßen, Ströme, Flüsse, Seehäfen und Meeresufer, heißen ein allgemeines oder öffentliches Gut. Was zur Bedeckung der Staatsbedürfnisse bestimmt ist, als: das Münz- oder Post- und andere Regalien, Kammergüter, Berg- und Salzwerke, Steuern und Zölle, wird das Staatsvermögen genannt.«

Eben so werden die einer Gemeinde gehörigen Sachen untergetheilt. §. 288: »Auf gleiche Weise machen die Sachen, welche nach der Landesverfassung zum Gebrauche eines jeden Mitgliedes einer Gemeinde dienen, das Gemeindegut; diejenigen aber, deren Einkünfte zur Bestreitung der Gemeindeauslagen bestimmt sind, das Gemeindevermögen aus.«

§. 4.

Welche Vorschriften rücksichtlich der Staats- und Gemeinde-Güter zu beobachten sind.

(§. 290 des b. G. B.)

Die Rechte, welche dem Staate oder einer Gemeinde auf ihre Sachen zustehen, sind im Grunde dieselben, welche auch

Einzelne auf ihr Vermögen haben, daher heißt es im §. 290: »Die in diesem Privat-Rechte enthaltenen Vorschriften über die Art, wie Sachen rechtmäßig erworben, erhalten und auf Andere übertragen werden können, sind in der Regel auch von den Verwaltern der Staats- und Gemeinde-Güter, oder des Staats- und Gemeindevermögens zu beobachten.« Allein in Hinsicht des Gebrauches und der Verwaltung dieser Güter bestehen besondere Vorschriften, weil dem allgemeinen Besten an der Erhaltung dieser Güter gelegen ist, auf diese Vorschriften deutet der §. 290 mit den Worten hin: »Die[1] auf die Verwaltung und den Gebrauch dieser Güter sich beziehenden Abweichungen und besondern Vorschriften sind in dem Staatsrechte und in den politischen Verordnungen enthalten.«

Unter diese besondern Vorschriften gehört in Ansehung der Staatsgüter vorzüglich die Anordnung, daß Verbücherungen auf Staatsgüter niemahls ohne vorläufige Einvernehmung des k. Fiscus zu bewilligen sind[2]. Ferner die Verordnung, daß keine Contrahirung, sie möge im Nahmen des Staates, der Stände, der Städte oder der Gemeinden geschehen, Käufe oder Verkäufe, Leistungen von Fuhren oder Arbeiten betreffen, anders als im Wege der öffentlichen Versteigerung eingegangen werde[3]; und daß alle Aerarial-Contracte mit größter Vorsicht, damit deren Gültigkeit und Rechtsbündigkeit keinem Anstande unterliege, abgeschlossen werden sollen[4]. Mit welchen Vorsichten bey der An-

---

[1] Die Wörter »in Hinsicht,« welche hier im Original-Texte vorkommen, sind offenbar aus Versehen stehen geblieben, müssen also, um den Satz nicht undeutsch zu machen, wegbleiben.

[2] Hofdecret vom 21. September 1798. Siehe mein Handbuch der sich auf das bürgerliche Gesetzbuch beziehenden Verordnungen 2. Bd. S. 8.

[3] Hofkanzleydecret vom 29. August 1812. Eben daselbst S. 4.

[4] Hofdecret vom 10. November 1815. Eben daselbst S. 3. Welche Bedingnisse den Aerarial-Contracten, rücksichtlich welcher es einst auf gerichtliche Execution in Ungarn ankommen dürfte, einzuschalten

legung der unter der Verwaltung des Staates stehenden Capitalien vorzugehen ist, bestimmt das Patent vom 18. October 1792 [1].

Die besondern, bey der Verwaltung der Gemeinde-Güter zu beobachtenden Vorschriften sind bereits im ersten Bande dieser Erläuterungen §. 56, S. 134 angeführt worden.

§. 5.

Eintheilung der Sachen nach ihrer verschiedenen Beschaffenheit: 1. in körperliche und unkörperliche.

(§§. 291 und 292 des b. G. B.)

»Die Sachen werden nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit eingetheilt: in körperliche und unkörperliche; in bewegliche und unbewegliche; in verbrauchbare und unverbrauchbare; in schätzbare und unschätzbare.« (§. 291.)

Die erste Eintheilung enthält der §. 292: »Körperliche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne fallen; sonst heißen sie unkörperliche; z. B. das Recht zu jagen, zu fischen und alle anderen Rechte.«

Unkörperliche Sachen sind also solche, welche bloß gedacht werden, oder deren Existenz in einem Verhältnisse besteht, welches bloß durch den Verstand aufgefaßt wird. Es gehören dahin nicht nur die Rechte, sondern auch die nur der Gattung und dem Betrage nach bestimmten Sachen (genera et quantitates), im Gegensatze der dem Individuum nach bestimmten Sachen (species). Jene machen oft den Gegenstand eigener Rechtsgeschäfte und einzelner Befugnisse aus, z. B. in den Fällen der §§. 510, 656, 658 ꝛc.

---

seyen, bestimmt das Hofkammerdecret vom 1. Januar 1829. (Politische Gesetze 57. Bd. S. 1.)

[1] Siehe mein Handbuch. 1. Bd. S. 207.

§. 6.

2. In bewegliche und unbewegliche.

(§. 293 des b. G. B.)

»Sachen, welche ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur andern versetzt werden können, sind beweglich; im entgegengesetzten Falle sind sie unbeweglich.«

Unter der Substanz einer Sache versteht man das, was als vorhanden gedacht werden muß, damit sie eine Sache von bestimmter Art sey, folglich den Inbegriff ihrer materiellen Bestandtheile unter einer gewissen Form. Bleiben die Sachen ungeachtet ihrer, durch innere oder äußere Kraft bewirkten Ortsveränderung die nähmlichen, so heißen sie bewegliche, Fahrnisse, Mobilien; dahin gehören also Thiere, abgesonderte Früchte, Kleidungsstücke, Juwelen, Kostbarkeiten ꝛc.; im entgegengesetzten Falle aber unbewegliche; von dieser Art sind Grundstücke und Gebäude.

Außer den ihrer Natur nach unbeweglichen Sachen gibt es auch solche, welche es nur im rechtlichen Sinne sind, wie der weitere Inhalt des §. 293 zeigt. »Sachen, die an sich beweglich sind, werden im rechtlichen Sinne für unbeweglich gehalten, wenn sie, vermöge des Gesetzes oder der Bestimmung des Eigenthümers das Zugehör einer unbeweglichen Sache ausmachen.«

§. 7.

Zugehör überhaupt.

(§. 294 des b. G. B.)

»Unter Zugehör versteht man dasjenige, was mit einer Sache in fortdauernde Verbindung gesetzt wird. Dahin gehören nicht nur der Zuwachs einer Sache, so lange er von derselben nicht abgesondert ist; sondern auch die Nebensachen, ohne welche die Hauptsache nicht gebraucht werden kann, oder die das Gesetz, oder der Eigen-

thümer zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache bestimmt hat.«

Die fortdauernde Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache macht also, daß auch jene als eine unbewegliche angesehen wird. Eine solche Verbindung kann aber durch Wirkung der Natur, durch die Erklärung des Gesetzes, oder durch die Bestimmung des Eigenthümers bewirkt werden.

Vermöge der Anordnung des Gesetzes ist überhaupt als Zugehör (Pertinenz) zu betrachten: a) Der Zuwachs, d. h. die Vermehrungen oder Verbesserungen, welche entweder aus der Sache selbst entstehen, oder durch Natur oder Kunst von Außen her bewirkt worden sind; jedoch nur so lange, als sie von der Sache nicht abgesondert sind, denn durch die Absonderung, z. B. der Früchte, wird das Abgesonderte eine für sich bestehende Sache. b) Die Nebensachen; man kann nähmlich bey mehreren einzelnen zusammenhängenden Sachen hinsichtlich ihres Verhältnisses zu einander, Hauptsache und Nebensache unterscheiden. Hauptsache ist diejenige, welche sich nicht als Theil auf eine andere bezieht, sondern auf welche vielmehr andere als Theile bezogen werden; Nebensachen sind diejenigen, welche mit einer andern als untergeordnete Theile in Verbindung stehen, und ohne welche der gewöhnliche Gebrauch der Hauptsache nicht Statt findet, z. B. Thüren, Fenster, Oefen ꝛc. bey einem Gebäude. c) Was das Gesetz oder der Eigenthümer zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache bestimmt hat, ungeachtet eine solche Sache mit der Hauptsache physisch nicht verbunden ist. Die nachfolgenden Paragraphe enthalten, was das Gesetz insbesondere bey Grundstücken, Teichen und Gebäuden für Zugehör erklärt. Der Eigenthümer kann nach seinem Belieben was immer für Sachen zum Zugehör einer andern bestimmen, z. B. eine Bibliothek, eine Gewehrkammer zum Zugehöre eines Schlosses, Tapeten, Bilder oder Kupferstiche zum Zugehöre eines Zimmers, nur muß er, wenn seine Bestimmung auch für Andere wirksam seyn soll, seinen Willen auf solche Art erklären, daß er auch für Andere erkennbar werde. Ein Mittel hierzu ist bey unbeweglichen Sachen die Eintragung in die öffentlichen Bücher; bey beweglichen aber müßte entweder eine Verbindung bewirkt werden, durch welche

die zugehörende Sache als ein Bestandtheil einen andern erscheint, z. B. die Tapeten oder Bilder müßten mit der Wand so verbunden werden, daß sie ohne Zerstörung nicht getrennt werden können, oder die einzelne Sache müßte mit solchen Kennzeichen versehen werden, daß sie als Zugehör einer andern erkannt werden kann, indem z. B. die Bücher als zur Hausbibliothek gehörend bezeichnet werden.

Uebrigens können sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen ein Zugehör haben, z. B. der Schlüssel ist ein Zugehör des Schrankes, das Futteral ein Zugehör des Schmuckes oder Instrumentes, für welche es verfertiget wurde. Das Gesetzbuch erwähnet aber nur des Zugehörs unbeweglicher Sachen, weil das Zugehör hier nur in Beziehung auf die Eintheilung in bewegliche und unbewegliche Sachen betrachtet wird. Zum Zugehöre unbeweglicher Sachen können auch wieder andere unbewegliche Sachen bestimmt werden, z. B. ein Grundstück oder ein Garten zum Zugehör eines Hauses.

Die Wirkung der Pertinenz-Eigenschaft besteht darin, daß, auch ohne ausdrücklich darüber gemachte Erklärung oder insbesondere darüber getroffene Uebereinkunft, in Ansehung des Zugehörs das gilt, was in Ansehung der Hauptsache bestimmt worden ist. Daher erstreckt sich das Pfandrecht über die Hauptsache auch auf das Zugehör derselben (§. 457); die versprochene Sache muß bey Verträgen mit allem Zugehöre herausgegeben werden (§. 1047); dem Kinde, welches nach der besondern für Bauergüter bestehenden Erbfolgeordnung das Bauergut zufällt, muß auch ein bestimmter fundus instructus an Getreide, Pferden, Wägen und anderen Wirthschaftsgeräthschaften überlassen werden [1]; und der fundus instructus darf nicht abgesondert, sondern nur mit dem Gute selbst gepfändet, geschätzt und versteigert werden [2].

---

[1] Hofdecret vom 16. May 1788. lit. k. Just. Ges. S. 57. Nr. 832. Ueber die Art, wie dieser fundus instructus zu bemessen ist, enthält die Schrift: Der fundus instructus bey Bauerngütern. Von J. R. von G. Grätz 1821, sehr brauchbare Bemerkungen.

[2] Justizhofdecret vom 7. April 1826, s. mein Handbuch 2. Bd. S. 8.

Es behält aber eine Sache nur so lange die Eigenschaft des Zugehörs einer andern, als sie sich in der Verbindung oder in dem Verhältnisse befindet, durch welche sie diese Eigenschaft erhalten hat. Denn wird sie davon abgesondert oder getrennt, oder das Merkmahl vertilgt, welches sie als Zugehör einer andern Sache kennbar machte, so ist jedermann berechtiget, sie als eine für sich bestehende Sache anzusehen, und auf dieselbe als solche Rechte zu erwerben. Die Trennung ist aber in Ansehung einiger schon durch die Gesetze untersagt [1]; in Ansehung der übrigen ist es die Sache derjenigen, denen an der Erhaltung des Ganzen gelegen ist, z. B. des Hypothekar-Gläubigers, des Proprietars einer zur Fruchtnießung verliehenen Sache ꝛc. ꝛc., dafür zu sorgen, daß Absonderungen, welche ihnen zum Nachtheile gereichen, verhüthet werden.

§. 8.

Insbesondere: Zugehör der Grundstücke und Teiche.

(§§. 295 und 296 des b. G. B.)

»Gras, Bäume, Früchte und alle brauchbaren Dinge, welche die Erde auf ihrer Oberfläche hervorbringt, bleiben so lange ein unbewegliches Vermögen, als sie nicht von Grund und Boden abgesondert worden sind;« daher muß auch der redliche Besitzer die noch stehenden oder hängenden Früchte herausgeben (§. 330), die noch nicht abgesonderten Früchte sind in dem auf die unbewegliche Sache erworbenen Pfandrechte begriffen (§. 457); nach geänderter Fruchtnießung gehören die noch stehenden Früchte dem Eigenthümer (§. 519), u. dgl.

»Selbst die Fische in einem Teiche, und das Wild in einem Walde werden erst dann ein bewegliches Gut, wenn der Teich gefischet, und das Wild gefangen oder erlegt worden ist.« (§. 295.) Denn erst durch das Fischen, Fangen oder Erlegen wird das einzelne Thier Gegenstand einer recht-

---

[1] S. die Verordnungen hierüber in meinem Handbuche 2. Band. S. 301—305.

lichen Erwerbung, früher wird nur das Vorhandenseyn solcher Thiere im Teiche oder Walde überhaupt berücksichtiget.

»Auch das Getreide, das Holz, das Viehfutter und alle übrigen, obgleich schon eingebrachten Erzeugnisse, so wie alles Vieh und alle zu einem liegenden Gute gehörigen Werkzeuge und Geräthschaften werden in so fern für unbewegliche Sachen gehalten, als sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind.« (§. 296.) Unter dem ordentlichen Wirthschaftsbetriebe muß hier derjenige verstanden werden, welcher in einem gewissen Bezirke der gewöhnliche ist. Ob derselbe gerade den echt ökonomischen Grundsätzen gemäß sey, wie Herr Hofrath von Zeiller und Herr Landrath Nippel diesen Ausdruck erklären, darauf kann es nicht ankommen, denn zuvörderst wird es wohl in vielen Fällen zweifelhaft seyn, welche die echten Grundsätze seyen, und dann können diese Grundsätze, wenn sie auch keinem Zweifel unterlägen, bey der in der Frage stehenden Bestimmung nicht berücksichtiget werden, wenn sie sich auf einem bestimmten Gute nicht in Anwendung befinden. Man kann z. B. nicht nach den Grundsätzen der Stallfütterung den Bedarf des Futters bestimmen, wenn dieselbe auf einem gewissen Gute noch nicht eingeführt ist.

Der Inbegriff der in dem obigen Paragraphe erwähnten, zu einem liegenden Gute gehörigen Sachen wird unter der Benennung **fundus instructus** verstanden.

§. 9.

Zugehör eines Gebäudes.

(§. 297 des b. G. B.)

»Eben so gehören zu den unbeweglichen Sachen diejenigen, welche auf Grund und Boden in der Absicht aufgeführt werden, daß sie stets darauf bleiben sollen, als: Häuser und andere Gebäude mit dem in senkrechter Linie darüber befindlichen Luftraume; ferner: nicht nur Alles, was erd=, mauer=, niet= und nagelfest ist, als: Braupfannen, Branntweinkessel und eingezimmerte Schränke,

sondern auch diejenigen Dinge, die zum anhaltenden Gebrauche eines Ganzen bestimmt sind: z. B. Brunneneimer, Seile, Ketten, Löschgeräthe und dergleichen.«

Was in diesem Paragraphe von dem in senkrechter Linie über einem Gebäude befindlichen Luftraume gesagt wird, muß überhaupt von dem über einem Grunde, und eben so von dem in senkrechter Linie unter demselben befindlichen Raume verstanden werden, wie aus dem §. 422 erhellt, da sonst das Gesetz nicht sagen könnte, daß man berechtiget sey, die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden zu reißen, oder die über seinem Luftraume hängenden Aeste abzuschneiden, oder sonst zu benützen.

Den in diesem und den zwey vorausgehenden Paragraphen erwähnten Sachen ließen sich nach der Analogie und dem, was von dem Zugehöre überhaupt gesagt worden ist, noch eine Menge Dinge beyfügen, welche als Zugehör eines Grundstückes oder eines Gebäudes anzusehen sind, so wie sich dergleichen Bestimmungen in den Commentaren des gemeinen Rechtes in großer Anzahl finden, und auch das Preußische und Französische Recht hierüber in ein weitläufiges Detail eingehen [1]; allein man darf die Bestimmungen der §§. 295 — 297 nicht bloß als Beispiele ansehen, die man willkürlich vermehren kann, sondern man muß sich streng an dieselben halten, weil das Gesetz hier selbst die Anwendung seiner im §. 294 enthaltenen allgemeinen Bestimmung macht, laut welcher bey den in den erwähnten Paragraphen enthaltenen Sachen nicht erst zu zeigen ist, daß sie zu dem Zugehöre zu rechnen sind, bey allen übrigen aber erst nachgewiesen werden muß, daß sie der allgemeinen Bestimmung des §. 294 nach als solches anzusehen sind.

Wie leicht man in der Ausdehnung dieser Bestimmungen zu weit gehen kann, beweisen die Erläuterungen Zeiller's und Nippel's, welche unter Andern auch die zur Ausbesserung oder Meliorirung eines Gebäudes auf dem Bauplatze schon befindli-

---

[1] Preußisches Landrecht 1. Thl. 2. Tit. §. 48—102. Code civil, art. 517—525.

chen Materialien als Zugehör des Gebäudes erklären [1]. Das Preußische Landrecht enthält allerdings diese Bestimmung [2], das Französische Recht aber (art. 532), und schon das Römische [3] verordnen das Gegentheil. Die Bestimmung der letzteren Gesetze scheint auch nach unserm Gesetzbuche die richtigere zu seyn, so lange die Materialien mit dem Gebäude selbst nicht in Verbindung gebracht sind. Der Umstand, daß sie sich schon auf dem Bauplatze befinden, begründet noch keine fortdauernde Verbindung mit dem Gebäude selbst (§. 294), und ist kein sicheres Merkmahl, daß sie zum anhaltenden Gebrauche des Gebäudes bestimmt sind, in dessen Nähe sie sich befinden. Hingegen läßt sich auch nach unserm Rechte, wie nach dem Römischen und Preußischen [4], behaupten, daß die von einem eingefallenen oder eingerissenen Gebäude noch an Ort und Stelle vorfindigen Materialien in mancher Rücksicht an die Stelle des Gebäudes selbst treten, und den unbeweglichen Sachen gleich zu halten sind. Daher wird derjenige, welcher ein Hypothekar-Recht auf das Haus hatte, dasselbe auch auf die davon gebliebenen Ruinen, wenn es abgebrannt oder eingestürzt ist, und auf die noch vorhandenen Materialien, wenn es abgetragen wurde, ausüben können, weil sie einen Bestandtheil des Hauses selbst ausmachten, folglich in dem Hypothekar-Rechte schon begriffen waren.

Daß die Schiffmühlen unter die beweglichen Sachen gehören, folglich keinen Gegenstand der Grundbücher ausmachen, wurde ausdrücklich entschieden [5].

---

[1] Zeiller's Commentar, §. 297. Nippel's Erläuterungen dieses §. Nr. 1.

[2] 1. Theil, 2. Tit. §. 88.

[3] Fr. 17. §. 10 und fr. 18. §. 1. D. De actionibus empti et venditi (XIX. 1.)

[4] Siehe die zuvor angeführten und die zunächst darauf folgenden Stellen.

[5] Hofkanzleydekret vom 13. May 1824, s. mein Handbuch 2. Bd. S. 13.

§. 10.

In wie fern Rechte zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen gehören.

(§§. 298 und 299 des b. G. B.)

Die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche ist eigentlich nur auf körperliche Sachen anwendbar, da der Begriff der Ortsveränderung auf etwas bloß Gedachtes nicht bezogen werden kann. Es tritt indessen doch zuweilen die Nothwendigkeit ein, die Rechte der einen oder der andern Classe von Dingen beyzuzählen, z. B. um hiernach entscheiden zu können, welches Gericht das zuständige sey, oder um die Anordnung eines Erblassers, der Einen zum Erben seines beweglichen, den Andern aber zum Erben seines unbeweglichen Vermögens einsetzte, vollziehen zu können. Für solche Fälle gilt die Verfügung des §. 298: »Rechte werden den beweglichen Sachen beygezählt, wenn sie nicht mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden, oder durch die Landesverfassung für eine unbewegliche Sache erkläret sind.«

In der Regel werden sie also als bewegliche Sachen angesehen, weil sie mit der Person verbunden gedacht werden, und in so fern in unserer Vorstellung mit der Person auch den Ort verändern. Dieß gilt als Regel auch dann, wenn der Gegenstand derselben eine unbewegliche Sache ist, z. B. in dem Anspruche auf ein liegendes Gut aus einem Contracte, Vermächtnisse oder dem Erbrechte besteht. Auch »Schuldforderungen werden durch die Sicherstellung auf ein unbewegliches Gut nicht in ein unbewegliches Vermögen verwandelt.« (§. 299.) Denn durch die Erwerbung der Sicherstellung wird in dem Hauptrechte selbst nichts geändert, sondern es kommt zu demselben nur ein neues Recht hinzu, folglich bleibt das Recht der Forderung eine bewegliche Sache, es mag durch eine Hypothek befestiget seyn oder nicht.

Die Ausnahmen von der obigen Regel sind: 1. wenn die Rechte mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden sind, denn in diesem Falle machen sie einen Bestandtheil der unbeweglichen Sache selbst aus, und werden mit ihr nach gleichen Grund-

sätzen beurtheilt. Solche Rechte sind das mit einem Gute verbundene Jagd-, Zehentrecht u. dgl. 2. Wenn sie durch die Landesverfassung oder besondere Gesetze für unbewegliche Sachen erklärt sind. So ist: a) aus dem Hofkammer-Decrete vom 7. September 1831 [1] zu ersehen, daß der Taz (eine gewisse, von den Getränken zu entrichtende Abgabe, deren Bezug gewöhnlich unter die obrigkeitlichen Rechte gehörte, aber durch die Einführung der allgemeinen Verzehrungssteuer aufgehoben worden ist [2]), in einigen Provinzen als unbewegliches Gut angesehen wurde, und in diesem Hofdecrete wird zugleich angeordnet, daß er es auch nach seiner Umstaltung in eine Forderung an die Staats.assen so lange bleibe, als nicht die Trennung desselben von dem Gute, womit er vereiniget, oder die Löschung der Rubrik, womit er bezeichnet war, bey der Landtafel bewirkt worden ist. b) Ist eine in den öffentlichen Büchern eingetragene Forderung in so fern einem unbeweglichen Gute gleich zu halten, als sie durch Eintragung der Afterverpfändung zur Hypothek dient (§. 454), da Hypotheken sonst nur in unbeweglichen Sachen bestellt werden können (§. 448). c) Das Klagerecht wegen eines dinglichen Rechtes auf eine unbewegliche Sache ist nach den Vorschriften der Jurisdictionsnormen in Beziehung auf den Gerichtsstand als unbewegliche Sache anzusehen, indem solche Klagen zur Real-Instanz gehören [3]. d) Gibt es Gewerbsbefugnisse, welche den unbeweglichen Sachen gleich gehalten werden. Man unterscheidet nähmlich Personal-, radicirte und verkäufliche Gewerbe. Personal-Gewerbe heißen solche, welche auf die Person des Ansuchenden verliehen werden, so daß sie in der Regel mit dem Tode desselben erlöschen. In Ansehung dieser besteht keine Ausnahme von dem obigen Grundsatze. Radicirte Gewerbe heißen dieje-

---

[1] S. das Justizhofdecret vom 24. September 1831 an die Appellations-Gerichte zu Klagenfurt, Wien und Prag, in Wagner's Zeitschrift J. 1831, 10. Heft, Notizenblatt. S. 436.

[2] Allerhöchste Entschließung vom 25. May 1829. §. 2. Pol. Ges. 57. Bd. S. 359.

[3] S. des Herrn Prof. Helfert Darstellung der Jurisdictionsnorm, 2. Auflage. S. 55.

nigen, welche mit dem Besitze eines Hauses verbunden, und als ein Theil desselben in die öffentlichen Bücher eingetragen sind. Diese gehören schon nach der ersten Ausnahme zu den unbeweglichen Sachen. Endlich verkäufliche Gewerbe, d. i. Gewerbs-Befugnisse, welche für sich ohne eine Realität veräußert werden können. Ueber diese Gewerbe werden, gleichwie über die unbeweglichen Sachen, eigene Vormerkungs-Protokolle geführt, und es kann mittelst derselben eine Verpfändung, wie bey unbeweglichen Sachen, Statt finden [1]. Schiffmühl-Gerechtigkeiten gehören eigentlich nicht zu denselben, wo indessen bisher über dieselben eigene Grund- oder sogenannte Haftbücher geführt, und mittelst derselben vor der Bekanntmachung der Allerhöchsten Entschließung vom 9. May 1824 eine Einverleibung oder Vormerkung bewirkt worden ist, bleiben die Gläubiger im Besitze ihres Pfandrechtes so lange, als die Schulden haften [2].

§. 11.

Rechtsfolgen, welche sich aus dem Unterschiede, ob eine Sache beweglich oder unbeweglich ist, ergeben.

(§. 300 des b. G. B.)

Der Umstand, ob eine Sache zu den beweglichen oder zu den unbeweglichen gehört, hat sehr wichtigen Einfluß auf die rechtlichen Verhältnisse. »Unbewegliche Sachen sind den Gesetzen des Bezirkes unterworfen, in welchem sie liegen;« können also nur nach den Gesetzen dieses Ortes auf Andere übertragen werden, unterliegen, den an dem Orte, wo sie sich befinden, bestehenden Abgaben und Beschränkungen, und nach dem Orte, wo sie liegen, richtet sich selbst das Maß, welches bey Verträgen über dieselben zur Richtschnur dient (§. 905). »Alle übrigen Sachen hingegen stehen mit der Person ihres Eigenthümers unter gleichen Gesetzen,« denn man denkt sich dieselben als mit der Person verbunden, und derselben folgend (mobilia sequuntur personam).

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 9—13.

[2] Justizhofdecret vom 23. Junius 1827; eben daselbst S. 13.

Außer den hier erwähnten gibt es aber noch mannigfaltige andere Wirkungen des Unterschiedes zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Schon im ersten Theile des Gesetzbuches kam die Regel vor, daß bewegliche Güter der Minderjährigen der Regel nach, unbewegliche aber nur ausnahmsweise veräußert werden sollen (§§. 231 und 232); bewegliche Sachen werden durch die Uebergabe, unbewegliche durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben (§§. 426 und 431); bewegliche machen den Gegenstand des Pfandrechtes in engerer Bedeutung, unbewegliche den Gegenstand des Hypothekarrechtes aus (§. 448); bey beweglichen Sachen gelten andere Verjährungsfristen, als bey unbeweglichen (§§. 1466 und 1467), u. s. w.

§. 12.

3. In verbrauchbare und unverbrauchbare.

(§. 301 des b. G. B.)

»Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren, heißen verbrauchbare; die von entgegengesetzter Beschaffenheit aber, unverbrauchbare Sachen.«

Die Ausdrücke: verbrauchbar, unverbrauchbar werden hier im Sinne der lateinischen: res fungibilis, non fungibilis, gebraucht, und dürften besser mit denen: vertretbar und unvertretbar ersetzt werden. Vertretbar ist nähmlich eine Sache, wenn es bey derselben nicht auf das Individuum, sondern auf gleiche Güte und Menge ankommt; unvertretbar, wenn es bey einer Sache auf das Individuum ankommt, folglich statt derselben eine andere, obwohl sie von gleicher Güte und Menge wäre, nicht gegeben werden kann.

Als vertretbar können auch unbewegliche Sachen vorkommen, z. B. wenn ein Bauergut oder ein Grundstück überhaupt vermacht wurde; gewöhnlich sind es aber bewegliche Sachen, welche im Verkehre durch Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden, z. B. Wein, Getreide, unverarbeitetes Silber 2c. 2c. Es können aber Sachen, welche insgemein vertretbar sind, als unvertretbare, und umgekehrt, unvertretbare als vertretbare vorkommen,

z. B. Geld überhaupt gehört unter die vertretbaren Sachen, wenn es aber Gegenstand der Aufbewahrung ist, oder die Münzen nur zum Putze verliehen werden, gehört es unter die unvertretbaren. Die einzelnen Exemplare eines gewissen Werkes sind für den Buchhändler eine vertretbare, für den Käufer insgemein eine unvertretbare Sache.

Vertretbare Sachen sind gewöhnlich auch verbrauchbar (usu consumuntur), d. h. sie gewähren nicht den gewöhnlichen Nutzen, wenn sie nicht verzehrt oder ausgegeben werden; aber dieß ist doch nicht immer der Fall, denn z. B. Einrichtungsstücke, Ackergeräthschaften, Vieh u. dgl. gewähren den gewöhnlichen Gebrauch, wenn sie auch nicht verzehrt oder veräußert werden; sie sind aber doch in so fern vertretbar, als es bey der Zurückstellung derselben nicht gerade auf das Individuum, sondern nur auf gleiche Quantität und Qualität ankommt. In unserm Gesetzbuche wird aber der Ausdruck: verbrauchbar, offenbar in gleichem Sinne mit vertretbar genommen; er muß also auch in diesem Sinne ausgelegt und angewendet werden.

Auf den dieser Eintheilung zum Grunde liegenden Unterschied kommt es vorzüglich an, wenn die Frage entsteht, wer den zufälligen Untergang der Sache zu tragen habe, und wie eine zum Gebrauche überlassene Sache zurück zu stellen sey; auch gründet sich auf denselben der Unterschied zwischen dem Leih-, Darleihens- und Bestandvertrage (§§. 971, 983 und 1090).

§. 13.

4. In einzelne und Gesammtsachen.

(§. 302 des b. G. B.)

Sachen, deren Bestandtheile physisch mit einander verbunden sind, heißen einzelne oder besondere (res singulae vel singulares), sie mögen aus natürlich zusammenhängenden gleichartigen Theilen, wie ein Baum oder ein Grundstück; oder aus verschiedenen künstlich verbundenen Theilen, wie eine Uhr oder ein Haus bestehen. »Ein Inbegriff von mehreren besondern Sachen, die als Eine Sache angesehen, und mit einem gemeinschaftlichen Nahmen bezeichnet zu werden pfle-

gen, macht eine Gesammtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet.«

Einige dieser Gesammtsachen (universitates rerum, res universales) sind von der Art, daß es nicht auf die Individualität der Bestandtheile derselben ankommt, sie bleiben also dieselben, wenn auch einzelne Stücke davon weg- oder dazu kommen, wie dieß bey einem Waarenlager, einer Heerde, dem fundus instructus ꝛc. der Fall ist. Die auf das Ganze erworbenen Rechte, z. B. das Pfand- oder Servituts-Recht, erstrecken sich immer auf alle einzelnen Theile, welche dieses Ganze ausmachen. Hieraus folgt aber nicht, daß auch die Sache an die Stelle des dafür gegebenen Geldes, und der Preis einer Sache an die Stelle der Sache selbst trete, denn unsere Gesetze enthalten keine Verfügung, aus welcher dieses gefolgert werden könnte, und aus der Natur der Sache läßt sich ebenfalls dieser Grundsatz nicht ableiten, da die Sache und der Preis derselben ganz verschiedene Dinge sind, folglich Eines nicht sogleich an der Stelle des Andern einen Bestandtheil der Gesammtsache ausmachen kann. Vielmehr gilt in dieser Beziehung bey Gesammtsachen eben das, was in Ansehung der einzelnen Sachen Statt findet. So wenig z. B. der Eigenthümer der gestohlenen Sache das für dieselbe gelöste, bey dem Diebe vorhandene Geld vindiciren kann, so wenig kann derjenige, welcher die Erbschaftsklage anstellt, geradezu die Herausgabe der mit dem Verlassenschaftsgelde angeschafften Sache, oder das für ein Verlassenschaftsstück gelöste Geld verlangen; sondern in beyden Fällen kommt es auf den Ersatz des Abgängigen an, welcher ohne Rücksicht dessen, was der einstweilige Besitzer dafür empfangen hat, geleistet werden muß. Auch in andern Rücksichten unterscheiden sich einzelne und Gesammtsachen in rechtlicher Beziehung nicht, beyde können Gegenstand dinglicher oder persönlicher Rechte seyn; nur Eine Art der dinglichen Rechte hat dieß Eigene, daß sie nur eine Gesammtsache zum Gegenstande haben kann, nähmlich das Erbrecht, welches sich immer auf den Inbegriff der von dem Verstorbenen hinterlassenen Rechte und Verbindlichkeiten bezieht, und sich eben dadurch von dem Eigenthumsrechte unterscheidet. Eben dieses Unterschiedes wegen scheint auch die obige Einthei-

lung, die in dem Galizischen Gesetzbuche nicht vorkam, in das jetzige aufgenommen worden zu seyn.

§. 14.

5. In schätzbare und unschätzbare.

(§§. 303 und 304 des b. G. B.)

Eine Sache schätzen heißt den Werth derselben bestimmen. Der Werth einer Sache besteht in der Tauglichkeit derselben zur Erreichung eines Zweckes, oder zur Befriedigung eines Bedürfnisses. Betrachtet man diese Tauglichkeit bloß in Beziehung auf den Zweck, der dadurch erreicht, oder das Bedürfniß, welches dadurch befriediget werden soll, so bestimmt man den Gebrauchswerth derselben. Vergleicht man aber die Tauglichkeit einer Sache mit der Tauglichkeit einer andern, um zu wissen, in wie fern sie gebraucht werden könne, sich für dieselbe ein anderes Gut zu verschaffen; so bestimmt man dadurch ihren Tauschwerth. Das Gesetz nimmt vorzüglich auf den letzten Rücksicht, weil es im Verkehre auf diesen allein ankommt. Um den Tauschwerth zu bestimmen, muß eine Sache mit einer andern verglichen werden, welche einen schon bestimmten oder anerkannten Werth hat. Hieraus ergeben sich die Begriffe von schätzbaren und unschätzbaren Sachen. »Schätzbare Sachen sind diejenigen, deren Werth durch Vergleichung mit andern zum Verkehre [1] bestimmt werden kann; darunter gehören auch Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten. Sachen hingegen, deren Werth durch keine Vergleichung mit andern im Verkehre befindlichen Sachen bestimmt werden kann, heißen unschätzbare.«

»Der bestimmte Werth einer Sache heißt ihr Preis.« Um den Werth einer Sache auszumitteln, kann man sie mit was immer für einer andern im Verkehre befindlichen vergleichen; nimmt man aber eine Sache zum Maßstabe, welche nicht Allen

---

[1] Hier ist ausgelassen: geeigneten, oder es sollte auch hier, wie im nachfolgenden Satze heißen: »mit andern im Verkehre befindlichen.«

gleichen Nutzen gewährt, z. B. Wein, Getreide; so ist die Werthbestimmung nur für Einzelne, aber nicht allgemein richtig. Durch das Bedürfniß des Verkehres ist man daher auf ein Tauschmittel zu sinnen genöthiget gewesen, welches geeignet ist, Jedem gerade das, was er wünscht, und zwar in beliebiger Menge, zu verschaffen. Dieses Tauschmittel ist das Geld, daher »muß, wenn eine Sache vom Gewichte zu schätzen ist, die Schätzung nach einer bestimmten Summe Geldes geschehen« (§. 304); denn die gerichtliche Schätzung soll allgemein gültig seyn, allgemeines Tauschmittel ist aber nur das Geld.

§. 15.

Ordentlicher und außerordentlicher Preis.

(§§. 305 und 306 des b. G. B.)

»Wird eine Sache nach dem Nutzen geschätzt, den sie mit Rücksicht auf Zeit und Ort gewöhnlich und allgemein leistet, so fällt der ordentliche und gemeine Preis aus; nimmt man aber auf die besondern Verhältnisse und auf die in zufälligen Eigenschaften der Sache gegründete besondere Vorliebe desjenigen, dem der Werth ersetzt werden muß, Rücksicht, so entsteht ein außerordentlicher Preis.« (§. 305.)

Der ordentliche oder gemeine Preis ist also der nach dem Nutzen oder der Brauchbarkeit, die eine Sache mit Rücksicht auf Zeit und Ort für jedermann hat, bestimmte Werth derselben. Auf Zeit und Ort muß bey dieser Bestimmung Rücksicht genommen werden, weil diese Umstände die Brauchbarkeit einer Sache für jedermann vermehren oder vermindern, nach ihnen richtet sich die Concurrenz derjenigen, welche Sachen gewisser Art anbiethen, oder dergleichen nöthig haben. Z. B. der Arbeitslohn ist zur Erntezeit höher; ein Haus in einer belebten Gegend ist mehr werth, als ein gleiches in einer abgelegenen ꝛc.

Der außerordentliche Preis wird entweder nach dem Nutzen bestimmt, welchen die Sache nur nach den individuellen

Verhältnissen eines Menschen, z. B. in so fern er eine Kunst oder ein Gewerb ausübt, leistet; oder er wird nicht nach dem reellen Nutzen, sondern nach zufälligen Eigenschaften und Verhältnissen, die ihr in den Augen des Besitzers einen besondern Werth geben, z. B. als Andenken von einer geliebten Person, bestimmt: jener ist der außerordentliche Preis des besondern Interesse, dieser der außerordentliche Preis der besondern Vorliebe (pretium affectionis). Beyde müssen nach dem, was in den §§. 335, 1331 und 1332 vorkommt, wohl von einander unterschieden werden. Die besondern Vortheile, welche eine Sache dem Besitzer nach den ihm eigenen Verhältnissen gewährt, lassen sich auch von Andern erkennen und schätzen; der Werth der Vorliebe aber beruht auf individuellen Ansichten, kann also nur von dem Betheiligten bestimmt, und als Beweis desselben nur der Schätzungseid gebraucht werden.

»In allen Fällen, wo nichts Anders entweder bedungen, oder von dem Gesetze verordnet wird, muß bey der Schätzung einer Sache der gemeine Preis zur Richtschnur genommen werden« (§. 306). Die Schätzung muß nähmlich der Regel nach für Alle gleich gültig seyn, folglich kann bey derselben nur auf die allgemeinen, nicht auf die besondern Verhältnisse Rücksicht genommen werden, ausgenommen, es wäre das Gegentheil bedungen worden, z. B. wenn jemand den Gebrauch einer Sache einem Andern nur mit der Bedingung überläßt, daß dieser, falls sie zu Grunde ginge, auch den außerordentlichen Preis zu ersetzen verbunden seyn soll; oder wenn das Gesetz das Gegentheil anordnet, wie dieß z. B. in den §§. 335, 378, 1331 vorkommt.

Um bey gerichtlichen Schätzungen den Betheiligten zu überzeugen, daß auf alle, dieselbe bestimmenden Umstände gehörig Rücksicht genommen wurde, muß sie in seiner Gegenwart geschehen, der Betheiligte erhält dadurch zugleich Gelegenheit, hierüber seine Bemerkungen zu machen, welche, in so fern sie gegründet sind, von den Schätzleuten berücksichtiget werden müssen. Es wurde daher angeordnet, daß selbst eine gerichtliche Schätzung gegen einen hiervon nicht vorhinein verständigten Dritten

von keiner Wirkung seyn könne [1]. Uebrigens soll den Schätzleuten, besonders bey Schätzungen von Gülten und Realitäten, Umsicht, Ernst und Gewissenhaftigkeit empfohlen werden, und die Justizbehörden wurden angewiesen, bey der Wahl der Schätzmeister nicht auf ökonomische Kenntnisse des Faches allein, sondern auch auf eine untadelhafte Moralität und ein hinreichendes Vermögen Rücksicht zu nehmen [2].

§. 16.

6. In theilbare und untheilbare.

Außer den in dem gegenwärtigen Gesetzbuche vorkommenden Eintheilungen der Sachen ist noch die in theilbare und untheilbare zu merken, welche ebenfalls auf die Anwendung des Rechtes mannigfaltigen Einfluß hat, daher hier nicht mit Stillschweigen übergangen werden darf.

Theilbar nennt das Galizische Gesetzbuch (2. Thl. §. 27) alle Sachen, die nach ihrer Trennung noch ihre Wesenheit und Benennung beybehalten. Solche Sachen sind: Wein, Getreide, Geld, Grundstücke ꝛc.; untheilbar, wenn das Gegentheil Statt findet, z. B. Bäume, Gebäude, Maschinen ꝛc.

Diese Eintheilung wird aber so, wie die in bewegliche und unbewegliche Sachen, sowohl im natürlichen, als im rechtlichen Sinne gebraucht. Der Natur nach untheilbare Sachen sind diejenigen, bey denen die Absonderung der Theile ohne Verletzung oder Veränderung der Substanz gar nicht möglich ist, oder wenigstens ohne beträchtliche Verminderung des Werthes (§. 843) nicht geschehen kann. Rechtlich untheilbar ist eine Sache, wenn das Gesetz die Trennung der Bestandtheile derselben verbiethet, wie dieß z. B. bey den landtäflichen und Bauergütern der Fall ist.

Eine Folge dieses Unterschiedes der Sachen wird in dem Galizischen Gesetzbuche gleich im nächsten Paragraphe (28) beygesetzt, nähmlich: daß es bey theilbaren Sachen keinem Theilhaber

---

[1] Hofdecret vom 16. Julius 1814. S. mein Handbuch 2. B. S. 14.
[2] Hofdecret vom 17. Junius 1825. Just. Ges. S. 308. Nr. 2106.

zugemuthet werden kann, statt seines Sachentheils den Werth desselben anzunehmen; bey untheilbaren Sachen aber die Grundsätze über die Theilung eines gemeinschaftlichen Gutes zur Richtschnur zu dienen haben. Eben dieß gilt auch nach dem jetzt geltenden Gesetzbuche, wie die §§. 840 — 844 darthun.

§. 17.

Eintheilung des Sachenrechtes in dingliches und persönliches Recht.

(§§. 307 und 308 des b. G. B.)

Das Sachenrecht bezieht sich immer auf Sachen, d. i. die von der Person verschiedenen Rechts-Objecte (oben §. 1.), und zwar entweder so, daß es ohne, oder nur mit Rücksicht auf bestimmte Personen ausgeübt werden kann, und es zerfällt hiernach in das dingliche und das persönliche Sachenrecht.

»Rechte, welche einer Person über eine Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustehen, werden dingliche Rechte genannt. Rechte, welche zu einer Sache nur gegen gewisse Personen unmittelbar aus einem Gesetze oder aus einer verbindlichen Handlung entstehen, heißen persönliche Sachenrechte.« (§. 307.)

Die dinglichen Rechte setzen eine Erwerbung der Sache selbst oder wenigstens eines die Sache unmittelbar zum Gegenstande habenden Rechtes voraus; ist nun diese Erwerbung einmahl geschehen, so muß sich jeder die Ausübung des erworbenen Rechtes gefallen lassen, wenn nicht das Gesetz in bestimmten Fällen eine besondere Ausnahme macht, wie z. B. der §. 367 in Ansehung des Eigenthums. Aus dem dinglichen Rechte entsteht also eine gegen jeden Inhaber der Sache wirksame Klage, und es ergibt sich hieraus, daß, wenn ein dingliches Recht in Ansehung der nähmlichen Sache Mehreren zustehen kann, wie bey dem Pfand- und Servituts-Rechte, derjenige immer den Vorzug genießt, welcher ein solches Recht früher erworben hat (prior tempore, potior jure), denn der frühere Erwerber schließt jedermann, folglich auch jenen aus, der ein gleiches Recht, jedoch später, erworben hat.

Die persönlichen Rechte setzen voraus, daß jemand vermöge

eines besonderen Grundes etwas zu leisten verbunden ist, sie bestehen also in einer Befugniß, welche auf die Sache nur mittelbar, vermittelst der schuldigen Leistung nähmlich, ausgeübt wird. Der Grund der Verbindlichkeit zu dieser Leistung liegt entweder unmittelbar in der gesetzlichen Verfügung, z. B. bey der Verbindlichkeit, den Finderlohn zu zahlen (§. 391); oder er liegt zunächst in einer Handlung, welche eine zweyseitige (Vertrag), oder einseitige, erlaubte oder unerlaubte seyn kann, z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag, Verletzung durch Verschulden. Bey diesen Rechten muß also der Grund, aus welchen jemand verpflichtet seyn soll, nachgewiesen, und sie können nur gegen denjenigen ausgeübt werden, in Ansehung dessen ein solcher Grund vorhanden ist. Hieraus ergeben sich wichtige Unterschiede bey der Verfolgung der dinglichen und persönlichen Rechte. Ist mir meine Sache entwendet worden, oder verloren gegangen, so kann ich sie der Regel nach von jedem Inhaber derselben zurück verlangen. Wird sie aber nicht entdeckt, so kann ich nur gegen denjenigen klagen, der sie mir widerrechtlich entzogen hat, nicht aber gegen einen Dritten, wenn gleich dieser sie im Besitze gehabt hat, und den Werth derselben, oder selbst einen Gewinn daraus noch in seinen Händen hat, denn auf den Werth der Sache an sich habe ich kein Recht erworben, und einen Grund zur Verpflichtung kann ich nicht nachweisen, da der Umstand, daß ein Anderer diese Sache im Besitze gehabt hat, als ein solcher weder der Natur der Sache nach anzusehen ist, noch in dem Gesetze als solcher erklärt wird.

Selbst bey der Verfolgung des Rechtes gegen den Rechtsverletzer, z. B. den Dieb, zeigt sich ein wesentlicher Unterschied, ob man sein Recht als ein dingliches, oder als ein persönliches geltend machen kann, denn wird die mir gestohlene Sache bey dem Diebe noch betreten, so kann ich die Herausgabe derselben fordern, wenn auch noch so viele Andere von eben diesem Diebe bestohlen worden wären, und außer meiner Sache bey dem Diebe nichts vorhanden wäre, woraus sie entschädiget werden könnten. Wäre aber meine Sache bey dem Diebe ebenfalls nicht mehr gefunden worden, so ist mein Recht auf Schadenersatz dem der übrigen Beschädigten gleich, und wir müssen uns alle vermöge unsers persönlichen Rechtes mit der theilweisen, allenfalls noch

möglichen Befriedigung begnügen, ohne daß es darauf ankäme, wer von uns früher oder später beschädiget worden ist.

Der Unterschied zwischen einem dinglichen und persönlichen Rechte erscheint also als tief in der Natur der Sache begründet, und die Bestimmungen, durch welche sich eines von dem andern unterscheidet, sind jedem so eigenthümlich und einander ausschließend, daß ein und dasselbe Recht nicht zugleich dinglich und persönlich seyn kann. Da nun insbesondere in dem Oesterreichischen Gesetzbuche die Theorie des Sachenrechtes ganz auf die Unterscheidung zwischen dem dinglichen und persönlichen Rechte gebaut ist; so muß es nothwendig Verwirrung machen, wenn man eine dritte Gattung von Sachenrechten, nähmlich dinglich-persönliche, oder persönlich-dingliche annehmen wollte [1].

Gegründet ist aber die Bemerkung des Hrn. Landrathes Nippel [2], daß dingliche Rechte nicht immer als solche wirksam sind, und umgekehrt die ihrer Natur nach persönlichen Rechte als

---

[1] Hr. Landrath Nippel hat in dem Aufsatze: »Ein Paar Worte über dinglich-persönliche Sachenrechte,« (Wagner's Zeitschrift J. 1830, 1. H.) die Existenz solcher Rechte behauptet. Auf die Widerlegung des Hrn. k. k. Raths und Prof. Schuster (Wagner's Zeitschrift, J. 1831, 1. H.) hat Nippel seine dießfällige Theorie theils zurück genommen, theils modificirt (s. Wagner's Zeitschrift, J. 1831, 9. H.) Er hält nun die Benennung: »persönlich-dingliche Sachenrechte« für diejenigen, welche er bezeichnen will, für passender, und versteht unter denselben »ein solches Rechtsverhältniß einer Person zu einer Sache, in welchem theils Befugnisse begriffen sind, welche derselben nur gegen bestimmte Personen zustehen, theils aber auch solche, die ihr ohne Rücksicht auf bestimmte Personen zukommen« (S. 250). Ein Beyspiel eines solchen Rechtsverhältnisses wäre das des Eigenthümers gegen den unredlichen Besitzer. Vermöge des dinglichen Rechtes fordert er seine Sache zurück, er kann aber zugleich auch auf Entschädigung klagen, und in so weit übt er ein persönliches Recht aus. Allein damit ist nur dargethan, daß dingliche und persönliche Rechte in Ansehung der nähmlichen Sache zugleich in Einer Person zusammentreffen können, nicht aber auch, daß Ein und dasselbe Recht zugleich persönlich und dinglich sey.

[2] Erläuterungen zu dem §. 307. Nr. 4.

dingliche wirksam gemacht werden können. Dieß ergibt sich aus der Einrichtung der öffentlichen Bücher (Landtafeln, Stadt- und Grundbücher), welche über unbewegliche Sachen und die auf dieselben zustehenden Rechte geführt werden. Ohne Eintragung in diese Bücher wird kein dingliches Recht auf eine unbewegliche Sache anerkannt (§§. 321, 431, 451, 481); wenn also auch das, was sonst zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes erfordert wird, vorhanden ist, so ist dasselbe doch nicht in seinem ganzen Umfange wirksam, so lange die Eintragung in diese Bücher nicht geschehen ist. Daher muß derjenige, welcher eine Sache oder ein Recht ersessen hat, auf Zuerkennung des Eigenthums klagen, und das zuerkannte Recht einverleiben lassen (§. 1498). Hingegen ist das aus dem Vorkaufsrechte oder dem Bestandvertrage entstandene Recht seiner Natur nach nur ein persönliches, es kann aber durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches verwandelt, oder eigentlich als ein dingliches wirksam gemacht werden (§. 1073 und 1095).

§. 18.

Arten des dinglichen Rechtes.

(§. 308 des b. G. B.)

Die ihrer Natur nach dinglichen Rechte enthält der §. 308: »Dingliche Sachenrechte sind das Recht des Besitzes, des Eigenthumes, des Pfandes, der Dienstbarkeit und des Erbrechtes« (und das Erbrecht).

Ueber das Wesen dieser Rechte läßt sich im Allgemeinen Folgendes bemerken: Das Erbrecht bezieht sich immer auf eine Gesammtsache, nähmlich das Vermögen eines Verstorbenen; die übrigen Rechte haben gewöhnlich nur einzelne Sachen zum Gegenstande, und zwar besteht das Eigenthum in der Gesammtheit der Rechte, welche in einer Sache ausgeübt werden können, der Eigenthümer kann daher willkürlich über seine Sache verfügen und jeden Andern davon ausschließen. Das Pfand- und Servituts-Recht sind einzelne, zu einem gewissen Zwecke eingeräumte Rechte in einer fremden Sache, vermöge deren man die Sache nur zu dem bestimmten Zwecke gebrauchen kann, und zwar bey

dem Pfandrechte, um daraus seine Befriedigung zu erhalten, wenn der Schuldner nicht bezahlt; bey dem Servituts-Rechte, um daraus einzelne Vortheile zu beziehen. Beyde Rechte beschränken das fremde Eigenthum, weil durch das Bestehen derselben ein Theil davon auf den Berechtigten übergegangen ist. Der Besitz ist der factische, diesen Rechten analoge Zustand, d. i. jemand, der diese Rechte nicht hat, übt sie aus, als ob sie ihm zustünden. Das Besitzrecht besteht im Wesentlichen darin, daß dieser Zustand geschützt wird, bis ein Anderer darthut, daß ihm ein stärkeres Recht auf die Sache zusteht, durch welches der bisherige Besitzer ausgeschlossen wird.

Nach der Eintheilung des Sachenrechtes zerfällt der zweyte Theil unsers Gesetzbuches in zwey Abtheilungen; die erste handelt **von den dinglichen**, die zweyte **von den persönlichen Sachenrechten.**

Erste Abtheilung des Sachenrechtes.

Von den dinglichen Rechten.

Erstes Hauptstück.

Von dem Besitze[1].

Erster Abschnitt.

Begriff des Besitzes und verschiedene Arten desselben.

§. 19.

Innehabung. Besitz körperlicher Sachen.

(§. 309 des b. G. B.)

Gewöhnlich bezieht man das Wort Besitz auf körperliche Sachen, und man kann sich in dieser Beziehung ein zweyfaches Verhältniß zwischen der Person und der Sache denken. Man betrachtet nähmlich entweder bloß den factischen Zustand, in welchem jemand eine körperliche Sache dergestalt in seiner Macht hat, daß er nach Willkür auf dieselbe einwirken und Andere davon ausschließen kann; oder man sieht zugleich auf die Absicht, in welcher er diese Macht im eigenen oder im Nahmen eines Andern ausübt: in jenem Falle nennt man diesen Zustand Innehabung, Detention, Gewahrsame; ist aber mit der Innehabung zugleich die Absicht verbunden, die Sache als eigene zu behalten, so heißt dieses Verhältniß Besitz. Dieß drückt der §. 309 mit den Worten aus: »Wer eine Sache in

---

[1] S. meine Abhandlung: der Besitz nach dem Oesterreichisch-bürgerlichen Rechte, in Pratobevera's Materialien, 7. Bd. S. 111.

seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.«

Besitz in der gewöhnlichen Bedeutung ist also die Innehabung einer körperlichen Sache mit dem Willen, sie als die seinige zu behalten. Er setzt zwey Erfordernisse voraus, Innehabung oder Gewahrsame, und den Willen, die Sache als die seinige zu behalten, man kann demnach Inhaber einer Sache seyn, ohne sie zu besitzen, z. B. als Depositar, Bestandnehmer, Pfandgläubiger ꝛc.; aber der Regel nach nicht Besitzer, ohne sie inne zu haben.

§. 20.

Besitz der unkörperlichen Sachen oder der Rechte.

Was die Innehabung bey körperlichen Sachen ist, das ist der Gebrauch oder die Ausübung bey den Rechten, man nimmt daher auch einen Besitz bey diesen an, und zwar »kommt man in den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte durch den Gebrauch derselben im eigenen Nahmen« (§. 312.)

Eigentlich kann man nur bey dinglichen Rechten von einem bloßen Besitze sprechen, denn nur bey der Ausübung derselben kommt unmittelbar das Verhältniß der Person zur Sache in Betrachtung, in welchem der Besitz besteht. Bey den Personen- und persönlichen Rechten kommt es zunächst auf das Verhältniß einer Person zu einer andern an. Da man indessen bey jedem Rechte unterscheiden kann, ob es wirklich zusteht, oder bloß ausgeübt wird, als ob es zustünde; so läßt sich bey jedem Rechte ein Besitz denken, und der factische Zustand des Genusses oder der Ausübung des Rechtes wird insgemein der Besitz desselben genannt. So nimmt der §. 1458 einen Besitz der Personenrechte an, welcher auf den einstweiligen Schutz derselben Anspruch gibt, und so sagt man auch, er ist im Besitze der Forderung, d. h. er hat das Forderungsrecht bisher, z. B. hinsichtlich der Interessen, ausgeübt.

Man hat aber bey der Ausübung oder dem Besitze der Rechte darauf zu sehen, ob er eine Folge des wirklich zustehenden

Rechtes ist, oder nicht. Im ersten Falle richtet er sich ganz nach der Beschaffenheit und dem Umfange des Rechtes selbst, und man sieht der Regel nach nur auf dieses, nicht auf den Besitz. Kommt aber der Besitz eines Rechtes vor, ohne daß dem Besitzer das Recht selbst zustünde; so kommt Alles auf diesen Besitz an; von der Art desselben hängen die Vortheile ab, welche daraus entstehen, und nach ihm richtet sich das Recht, welches man mittelst desselben durch die Ersitzung erwerben kann, denn der Besitz ist in diesem Falle der Grund des daraus entstehenden Rechtes, und das Gegründete kann nicht weiter gehen, als der Grund desselben reicht.

§. 21.

Natürlicher und bürgerlicher Besitz.

Wenn der Besitz in der Innehabung der Sache oder in der Ausübung des Rechtes, verbunden mit der angemessenen Beschaffenheit des Willens, besteht, so ist der eigentliche oder natürliche Besitz vorhanden; wird aber ein Besitz körperlicher Sachen ohne Innehabung derselben, und ein Besitz der Rechte ohne Ausübung derselben angenommen, so kann man diesen Besitz, im Gegensatze des vorigen, den bürgerlichen nennen [1].

---

[1] Die Ausdrücke: natürlicher, bürgerlicher Besitz, kommen zwar nicht in dem jetzigen Gesetzbuche, aber häufig in früheren und späteren Gesetzen vor. So unterscheidet das Galizische Gesetzbuch (3. Thl. §. 609) ausdrücklich, ganz im Sinne des obigen Paragraphes, körperlichen und rechtlichen Besitz. Das Hofdecret vom 13. November 1812 (Just. Ges. S. 61. Nr. 1015) redet von einem physischen; das Hofkanzleydecret vom 11. October 1821 (Just. Ges. S. 57. Nr. 1809) von dem Natural-Besitze, welcher in der Intimation dieses Erlasses durch das Böhmische Landes-Gubernium dem Civil-Besitze entgegengesetzt wird (s. mein Handbuch 2. Bd. S. 63). Auch von älteren und neueren Schriftstellern wird diese Benennung häufig gebraucht; nur dem Verfasser des Aufsatzes: »Ueber die Sicherstellung des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte« (s. Wagner's Zeitschrift, Jahrg. 1827, 2tes Heft. S. 61) war sie im Jahre 1827 noch so fremd, daß er sie sogar lächerlich machen zu können glaubte. (S. eben dort die Anmerkung, S. 72)

Ein solcher bürgerlicher Besitz hat in allen Fällen Statt, wo zur vollen Wirksamkeit gewisser Rechte die Eintragung in die unter öffentlicher Aufsicht geführten Bücher vorgeschrieben ist, dergleichen die in den Alt-Oesterreichischen Provinzen bestehenden Landtafeln, Stadt- und Grundbücher in Ansehung der dinglichen Rechte auf unbewegliche Sachen sind. Derjenige, der ein dingliches Recht auf unbewegliche Sachen ausübt, ohne in diese Bücher eingetragen zu seyn, befindet sich im natürlichen Besitze; jener aber, auf dessen Nahmen die Sache oder das Recht in diesen Büchern eingetragen ist, im bürgerlichen Besitze, den man insbesondere den Tabular-Besitz nennt. Von diesem ist nun ausführlicher zu handeln, da er im bürgerlichen Rechte von so großer Wichtigkeit ist.

§. 22.

Tabular-Besitz.

(§. 321 des b. G. B.)

„Wo sogenannte Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher, oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, wird der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt.“

Der Tabular-Besitz setzt also das Bestehen gewisser öffentlicher Bücher voraus, deren wesentliche Beschaffenheit darin besteht, daß sie die unbewegliche Sache nach ihrer Beschaffenheit und ihrem Umfange, den Besitzer derselben, und den Titel, durch welchen er zu dem Besitze gelangte, ferner alle die Sache betreffenden dinglichen Lasten und Beschränkungen, ebenfalls mit den Titeln, durch die sie begründet oder aufgehoben werden, im Zusammenhange so darstellen, daß man hierüber eine vollständige Uebersicht erlangt, und daß nur die in demselben erscheinenden Veränderungen im Besitze oder in den Belastungen als für einen Dritten wirksam anzuerkennen sind. Wo dergleichen Bücher noch nicht eingeführt sind, hat kein Tabular-Besitz Statt, wenn auch die Erwerbung durch Gerichts-Acten oder andere Urkunden erwiesen werden kann (§§. 1468 und 1470.)

Die Einführung solcher Bücher wurde dadurch veranlaßt, daß die ursprüngliche Bestellung des Pfandrechtes durch Uebergabe der verpfändeten Sache an den Gläubiger für den Schuldner sehr nachtheilig war, und viele Unbequemlichkeiten nach sich zog. Denn sollte der Gläubiger in den Besitz der unkörperlichen Sache gesetzt werden; so wurde dem Schuldner eben dadurch die Benützung derselben entzogen, und er konnte doch die nähmliche Sache nur Einem zum Pfande geben, außer mehrere Gläubiger hätten sich zum Mitbesitze der nähmlichen Sache vereiniget, was wieder nicht wohl thunlich war. Brauchte also der Schuldner mehr Geld, als ihm Ein Gläubiger darleihen konnte; so war er nicht im Stande einem andern Gläubiger in der nähmlichen Sache Sicherheit zu verschaffen, wenn gleich der Werth derselben noch allerdings hinreichend gewesen wäre. Man verfiel also nach und nach auf die Einrichtung, eine Sache dem Gläubiger bloß dadurch haften zu machen, daß dieser in gewisse dazu bestimmte Bücher eingetragen wurde; dadurch wurde es möglich, mehreren Gläubigern in der nähmlichen Sache eine der Schuld entsprechende Sicherheit zu verschaffen, ohne daß es nöthig war, die Sache selbst dem Gläubiger zu übergeben. Damit aber dieser Zweck vollkommen erreicht werde, mußten diese Bücher mit der Wirkung eingeführt werden, daß alle Veränderungen, welche eine bestimmte unbewegliche Sache betreffen, nur in so fern von einem Dritten als wirksam anzuerkennen sind, als sie in den öffentlichen Büchern vorkommen. Unbestimmte, stillschweigende und General-Hypotheken können daher mit der consequenten Durchführung dieses Systems nicht bestehen. Ferner muß jeder, dem daran liegt, von dem Besitzstande und den auf einer unbeweglichen Sache haftenden Lasten eine zuverlässige Kenntniß zu erhalten im Stande seyn, sich dieselbe zu verschaffen, diese Bücher müssen daher öffentlich, d. h. für jeden, der ein Interesse hat, sie einzusehen, zugänglich seyn. Man drückt dieß nun gewöhnlich so aus: sie müssen auf den Grundsatz der Specialität und Publicität gebaut seyn [1].

---

[1] S. des Herrn Vice-Präsidenten Pratobevera Abhandlung: »Bruchstücke über einige Grundzüge eines zweckmäßigen Instituts

In den Alt-Oesterreichischen Provinzen bestehen dergleichen Bücher unter der Benennung der Landtafeln, der Stadt- und Grundbücher, je nachdem sie über die zur Gerichtsbarkeit der Landrechte, oder der Magistrate, oder der Grundherrschaften gehörigen Realitäten geführt werden [1].

Hinsichtlich ihrer besondern Einrichtung ist zu merken, daß die Landtafeln aus Büchern von zweyerley Art bestehen, nähmlich den Haupt- und Instrumentenbüchern. In dem Hauptbuche wird die Realität, der Besitzer derselben, die Beschränkungen und Lasten, und alle auf den Besitz, oder die Beschränkungen und Lasten sich beziehenden Veränderungen, welche auch für einen Dritten wirksam seyn sollen, eingetragen. Das Urkundenbuch enthält die Urkunden, auf welche sich die vorgenommenen Eintragungen oder Löschungen gründen, und welche dieselben rechtfertigen.

Die Grundbücher bestehen gewöhnlich aus Büchern von dreyerley Art, nähmlich:

1. Aus dem Dienstbuche (urbarium), welches das dienstbare Gut mit der Angabe seiner Ausmaß und seiner Umgebungen (Anrainungen), den hiervon zu bezahlenden jährlichen

---

der öffentlichen Bücher," in den von ihm herausgegebenen Materialien 8. Bd. S. 310.

Gönner's Commentar über das Bayerische Hypotheken-Gesetz. Einleitung §. 3 und folgende; und die wichtige, unter dem Titel: »Ueber die zweckmäßige Einrichtung des Hypotheken-Buchs nach Grundsätzen und Erfahrung," zu München 1823 erschienene Schrift desselben Verfassers, dann auch

Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, §. 180 und folgende.

[1] S. die Zusätze zu dem §. 431 in meinem Handbuche, 2. Bd. S. 120. Von den Schriften über die Einrichtung der öffentlichen Bücher überhaupt sind vorzüglich bemerkenswerth:

Kopezky (Magistratsrath), Anleitung zu dem Verfahren in Grundbuchssachen. Wien 1817.

Hasner, Handbuch des landtäflichen Verfahrens in Böhmen, mit einer Geschichte der k. Böhmischen Landtafel. Prag 1824.

Füger, das adeliche Richteramt, in der vierten, vom Hrn. Prof. Wagner besorgten Auflage. 3. Thl. 2. Anhang.

Zins, mit der Anmerkung der erfolgten Berichtigung, den Nahmen des Eigenthümers oder Besitzers, und die Berufung auf das Gewährbuch enthält.

2. Aus dem Gewährbuche, welches die Gewähr, d. i. den Titel des erlangten Besitzes mit der summarischen Angabe der auf der Sache haftenden Lasten, und die Berufung auf das Satzbuch enthält. Der Auszug aus diesem Buche, welcher dem gegenwärtigen Besitzer zum Beweise dient, daß ihm die Sache zugeschrieben worden ist, wird ebenfalls Gewähr, auch Gewährschein oder Gewährauszug genannt.

3. Aus dem Vormerkungs- oder Satzbuche, in welches alle Real-Lasten oder Beschränkungen, mit dem Titel, auf welchen sich dieselben gründen, eingetragen werden. Auch über diese Eintragungen werden von dem Grundbuchsamte besondere Urkunden oder Auszüge ausgefertiget, welche man Satzbriefe, Intabulations- oder Pränotationsscheine nennt [1].

Die Grundbücher in Oesterreich ob der Enns bestehen, so wie die Landtafeln, nur aus Büchern von zweyerley Art, nähmlich dem eigentlichen Grund- und dem Urkundenbuche [2].

Zweyter Abschnitt.

Erwerbung des Besitzes.

§. 23.

Erfordernisse zur Erwerbung des Besitzes; 1. eine des Besitzes fähige Person.

(§. 310 des b. G. B.)

Zur Erwerbung des Besitzes überhaupt gehört: 1. eine hierzu fähige Person, 2. eine zum Besitze geeignete Sache; 3. eine Handlung, durch welche die Einwirkung auf die Sache im eigenen

---

[1] Die Auszüge aus der Landtafel, aus welchen man den Besitzstand und die Lasten eines Gutes ersieht, werden insgemein Tabular-Extracte; so wie auch die aus den Stadt- oder Grundbüchern, zuweilen Grundbuchs-Extracte überhaupt, genannt.

[2] Patent vom 2. November 1792. §. 2. Justiz-Gesetze S. 39. Nr. 66.

Nahmen möglich, und zugleich die Absicht hierzu Andern zu erkennen gegeben wird.

Zur Fähigkeit der Person gehört, daß sie eine Sache in ihrer Macht oder Gewahrsame, und zugleich eine gewisse Absicht oder einen bestimmten Willen haben könne. Der Mangel der physischen Macht kann nicht wohl ein Hinderniß der Besitzerwerbung seyn, da die physische Gewalt auch durch Andere ausgeübt werden kann; wohl aber kann der Mangel des Willens die Erwerbung des Besitzes hindern, und zwar »sind Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, an sich unfähig, einen Besitz zu erlangen.« Dieß gilt auch von Kindern, weil sie den zu rechtlichen Handlungen erforderlichen Verstandesgebrauch nicht haben. Indessen können auch diese unfähigen Personen einen Besitz erwerben, denn »sie werden durch einen Vormund oder Curator (oder ihren Vater) vertreten. Unmündige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, können für sich allein eine Sache in Besitz nehmen,« denn sie sind überhaupt zu solchen Handlungen fähig, durch welche sie sich keine Verbindlichkeit auferlegen, und nichts von dem Ihrigen veräußern (§. 244).

Außer denen, welche ihrer Natur nach zur Besitzerwerbung unfähig sind, gibt es auch solche, welche es vermöge der Gesetze in Beziehung auf bestimmte Objecte sind, z. B. die Türkischen Unterthanen, rücksichtlich der unbeweglichen Güter, die Unterthanen und Bürger rücksichtlich des Jagdrechtes ꝛc. Solche Personen können auch durch Andere den Besitz der ihrem Verkehre entzogenen Gegenstände nicht erwerben, indem sonst offenbar die Verfügung des Gesetzes vereitelt würde.

§. 24.

2. Eine zum Besitze geeignete Sache.

(§. 311 des b. G. B.)

Damit die Sache geeignet sey, in Besitz genommen zu werden, muß sie im rechtlichen, d. h. erlaubten und mit Rechtswirkungen verbundenen Verkehre seyn. »Alle körperlichen und

unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehres sind, können in Besitz genommen werden.«

Alles also, was schon seiner Natur nach kein Gegenstand des Verkehres ist, wie unermeßliche Dinge, z. B. Licht, Luft überhaupt, kann so, wie dasjenige, was dem Verkehre durch besondere Gesetze entzogen wurde, z. B. verbothene Waaren, Rechte, deren Ausübung nicht gestattet wird, dergleichen die Fruchtnießung verpfändeter Sachen (§. 1372), auch nicht in Besitz genommen werden. Insbesondere ist der Besitz und die Innehabung eines auswärtigen Lotterie-Loses [1], so wie auch der Besitz der Feuergewehre für diejenigen, welchen das Waffentragen verbothen ist, sogar unter Strafe verbothen [2].

Hieraus ist zu ersehen, daß ungeachtet der Besitz bloß in einem thatsächlichen Verhältnisse besteht, er doch in so weit auch eine rechtliche Beziehung hat, daß es bey demselben auf Rechtsfähigkeit der Person und Tauglichkeit der Sache zum rechtlichen Verkehre ankommt. Die Sachen, welche nicht im rechtlichen Verkehre stehen, hat man eigentlich nur inne. Da indessen die Ausdrücke: Inhaber und Besitzer öfter verwechselt werden; so spricht man wohl auch vom Besitze solcher Sachen, und nennt den Inhaber derselben Besitzer, wie dieß selbst im §. 325 vorkommt, man muß also dieß von einem Besitze verstehen, welcher es zwar nach den allgemeinen Merkmahlen desselben ist, aber die gewöhnlichen rechtlichen Wirkungen, z. B. den Vortheil der Ersitzung, nicht nach sich zieht.

§. 25.

Die Besitzergreifung; a) bey körperlichen Sachen.

(§. 312 des b. G. B.)

Wenn der Besitz wirklich erworben werden soll, muß eine Handlung vorgenommen werden, durch welche man die Sache in seine Macht bekommt, und zugleich den Willen zu erkennen gibt,

---

[1] Hofkammerdecret vom 7. Junius 1826. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 16.

[2] Hofkanzleydecret vom 26. Februar, und Kundmachung des Tyrolischen Guberniums vom 18. März 1831.

im eigenen Nahmen darüber zu verfügen. Diese Handlung heißt die Besitzergreifung. Sie muß sich nach der Beschaffenheit der Sache richten, und es kommt also darauf an, ob die Sache eine körperliche oder unkörperliche, und bey jener wieder, ob sie eine bewegliche oder unbewegliche sey. »Körperliche, bewegliche Sachen werden durch physische Ergreifung, Wegführung oder Verwahrung; unbewegliche aber durch Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung in Besitz genommen.«

§. 26.

b) Bey unkörperlichen Sachen.

(§§. 312 und 313 des b. G. B.)

»In den Besitz unkörperlicher Sachen oder der Rechte kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Nahmen.« (§. 312.) Um dieß genauer zu bestimmen, unterscheidet der §. 313 bejahende, verneinende und Verbothsrechte. Unter einem bejahenden Rechte wird die Befugniß, von einem Andern eine positive Leistung, ein Geben oder Thun zum Besten des Berechtigten, z. B. die Zahlung eines Zinses, Leistung der Frohnen ꝛc. verstanden. Unter einem verneinenden, die Befugniß, daß der Andere etwas zum Besten des Berechtigten in seiner Sache dulde, d. i. den Berechtigten unternehmen lasse. Beyspiele geben alle sogenannten bejahenden Dienstbarkeiten (§§. 475 und 477 des b. G. B.). Unter einem Verbothsrechte die Befugniß, einem Andern zu untersagen, was er sonst in seiner Sache zu thun berechtigt wäre. Beyspiele enthalten die verneinenden Dienstbarkeiten. (§. 476.)

»Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht, wenn jemand von einem Andern etwas als eine Schuldigkeit fordert, und dieser es ihm leistet; ferner, wenn jemand die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet; endlich, wenn auf fremdes Verboth ein Anderer das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt.«

Zur Erwerbung des Besitzes eines Rechtes ist es also nicht genug, daß man von dem Andern eine Leistung erhalte, oder etwas in der fremden Sache unternehme, oder daß der Andere eine Handlung unterlassen habe, die er sonst zu unternehmen befugt gewesen wäre: sondern es muß dieses Leisten, Dulden oder Unterlassen eine Folge der ausdrücklich oder stillschweigend gemachten Forderung oder des Verbiethens, also nicht die Folge einer bloßen Gefälligkeit seyn; von Seite dessen, der in den Besitz des Rechtes gelangen will, wird die Zumuthung einer Verpflichtung, und von Seite des Andern ein Nachgeben in Beziehung auf diese Zumuthung vorausgesetzt, das durch wirkliches Leisten, Dulden oder Unterlassen an den Tag gelegt wird.

§. 27.

Umfang des Besitzes nach dem Unterschiede, ob er unmittelbar oder mittelbar erworben wird.

(§§ 314 und 315 des b. G. B.)

»Den Besitz sowohl von Rechten, als von körperlichen Sachen erlangt man entweder unmittelbar, wenn man freystehender Rechte und Sachen; oder mittelbar, wenn man eines Rechtes, oder einer Sache, die einem Andern gehört, habhaft wird.« (§. 314.)

Also nur freystehende Sachen und Rechte, die in einer freystehenden Sache ausgeübt werden, z. B. das Recht zu fischen in einem freystehenden Bache, können unmittelbar erworben werden; denn wird der Besitz eines Rechtes in einer Sache erlangt, welche schon einen Herrn hat, so ist die Erwerbung nur mittelbar, indem das einzelne Recht, dessen Besitz man erlangt, schon in dem Eigenthume des Andern begriffen war, wenn es auch in der Gestalt eines einzelnen Rechtes noch nicht vorkam.

Der Umstand, ob man eine Sache unmittelbar oder mittelbar erwirbt, hat auf den Umfang der Erwerbung wesentlichen Einfluß, denn »durch die unmittelbare und durch die mittelbare eigenmächtige Besitzergreifung erhält man nur so viel in Besitz, als wirklich ergriffen, betreten, gebraucht,

bezeichnet, oder in Verwahrung gebracht worden ist; bey der mittelbaren, wenn uns der Inhaber in seinem oder eines Andern Nahmen ein Recht oder eine Sache überläßt, erhält man Alles, was der vorige Inhaber gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nöthig ist, jeden Theil des Ganzen besonders zu übernehmen.« (§. 315.)

Bey der unmittelbaren Besitzerwerbung gründet sich nähmlich die Erwerbung bloß auf den Willen des Erwerbenden, und auf die Handlung, durch welche man die Sache in seine Gewalt bringt. Daher ist der Besitz nur jener Früchte, welche man gepflückt, oder der Thiere, welche man gefangen oder erlegt hat, erworben. Das Nähmliche gilt auch bey der mittelbaren Besitzerwerbung, wenn sie eigenmächtig vorgenommen wird, denn auch bey derselben liegt der Grund der Erwerbung des Besitzes bloß in der Ergreifung der Sache mit dem Willen, im eigenen Nahmen darüber zu verfügen, es mag diese Ergreifung mit dem Bewußtseyn, daß die Sache eine fremde ist, oder aus Irrthum, weil sie für eine freystehende gehalten wurde, geschehen seyn. Hingegen bey der Uebertragung der Sache oder des Rechtes von dem Einen an den Andern ist es nicht nöthig, jeden Theil des Ganzen besonders zu übernehmen oder zu ergreifen, denn hier kommt es bloß auf den Willen des Uebertragenden und Uebernehmenden an, wenn anders der Vormann das, was er übertragen zu wollen erklärt, wirklich in seinem Besitze hat; denn wäre dieß nicht, so müßte der Besitz der Bestandtheile, welche zur Zeit der Uebertragung sich in dem Besitze eines Dritten befanden, besonders erworben werden. In Ansehung der Sachen aber, welche sich im Besitze des Vormannes befanden, reicht der Wille des Uebertragenden und Uebernehmenden zur Besitzerwerbung zu, weil unter dieser Voraussetzung nicht erst zu bestimmen ist, wie viel von den freystehenden Sachen in den Besitz des Einzelnen gebracht worden sey; sondern es sich nur darum handelt, daß eine Gewißheit über die zwischen Zweyen vorgenommene Veränderung ihrer Rechtsverhältnisse erlangt werde, was nach Verschiedenheit der Umstände durch eine bloße

Erklärung eben sowohl, als durch eine andere äußere Handlung geschehen kann.

§. 28.

Besitzerwerbung durch Mittelspersonen.

Aus dem §. 310 ist schon ersichtlich, daß man den Besitz auch durch Andere erwerben könne, indem dieß von den Vertretern unfähiger Personen in jenem Paragraphe ausdrücklich angeordnet wird. Aber auch fähige Personen können sich bey der Besitzerwerbung, so wie bey andern rechtlichen Handlungen, wo das Gesetz es nicht ausdrücklich verbiethet, durch Andere vertreten lassen. Es gilt bey der Bevollmächtigung überhaupt der Grundsatz, daß Rechte und Verbindlichkeiten, welche der Gewalthaber innerhalb der Gränzen der ihm gegebenen Vollmacht erwirbt oder übernimmt, dem Gewaltgeber erworben oder auferlegt sind (§. 1017); dieser Grundsatz muß auch auf die Besitzerwerbung angewendet werden. Der Besitz wird also durch Bevollmächtigte oder Vertreter für die Machtgeber und Pflegebefohlenen erworben, wenn jene den Willen haben für diese zu erwerben, die Letzteren mögen von der einzelnen Erwerbung Kenntniß gehabt haben oder nicht. Bey Vernunftlosen ist diese Kenntniß nicht einmahl möglich, und bey andern wird sie nicht erfordert, weil der Grund der Erwerbung des Besitzes nicht in dem Wissen dieser Personen, sondern in dem gerichtlichen, oder dem im Vertrage enthaltenen Auftrage zu solchen Geschäften, durch welche der Besitz erworben wird, liegt. Aus dem Verhältnisse eines Machthabers ergibt sich auch, daß es auf seine eigene Fähigkeit zum Besitze solcher Sachen, die er für den Vertretenen zu erwerben beabsichtigt, nicht ankomme, so wie man auch sonst jemanden, der sich selbst zu verbinden unfähig ist, zum Gewalthaber bestellen kann (§. 1018).

Dritter Abschnitt.

Eintheilungen des Besitzes.

§. 29.

Rechtmäßiger, unrechtmäßiger Besitz.

(§§. 316 und 317 des b. G. B.)

Der Besitz jeder Art (1. Abschnitt) kann rechtmäßig oder unrechtmäßig, redlich oder unredlich, echt oder unecht seyn.

»Der Besitz einer Sache heißt rechtmäßig, wenn er auf einem gültigen Titel, das ist, auf einem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrunde beruhet. Im entgegengesetzten Falle heißt er unrechtmäßig.«

Das Wort: Titel, wird in unserem Gesetzbuche im weiteren und im engeren Sinne genommen; im weiteren Sinne versteht man darunter überhaupt den Grund, der es möglich macht, eine Sache oder ein Recht zu erwerben. Titel in diesem Sinne muß bey einem jeden Rechte vorhanden seyn, denn sonst würde das Recht nicht erworben werden, wenn auch das Verhältniß vorhanden wäre, aus welchem sich sonst das in der Frage stehende Recht ergibt. So erwirkt der Sclave nach dem römischen Rechte wegen Mangels des status keine Familienrechte, wenn er gleich in einer der Ehe gleichen Verbindung lebt, und in derselben Kinder zeugt. Eine unerlaubte Gesellschaft erwirbt kein persönliches Recht, wenn sie auch Verträge schließt (b. G. B. §. 26). Nur in diesem Sinne kann bey freystehenden Sachen von einem Titel die Rede seyn, und dem gemäß heißt es im §. 317: »Der Titel liegt bey freystehenden Sachen in der angebornen Freyheit zu Handlungen, wodurch die Rechte Anderer nicht verletzt werden.« Die Möglichkeit der Erwerbung freystehender Sachen gründet sich also einerseits auf die Beschaffenheit der Sache selbst, andererseits auf das angeborne Recht zu allen Handlungen, durch welche die Rechte Anderer nicht verletzt werden.

Der Titel im engeren Sinne kommt nur bey der Erwerbung jener Sachen und Rechte in Betrachtung, welche sich schon im

Besitze eines Anderen befinden, denn bey diesen muß ein besonderer Grund vorhanden seyn, welcher den Uebergang des Besitzes von dem Einen auf den Andern rechtfertiget. Dieser Titel liegt »bey andern (nicht freystehenden Sachen) in dem Willen des vorigen Besitzers, oder in dem Ausspruche des Richters, oder endlich in dem Gesetze, wodurch Jemanden das Recht zum Besitze ertheilt wird.« Denn durch einen solchen Grund wird man berechtiget, von einem Andern die Herausgabe der Sache zu fordern. Erlangte man die Sache, und hatte der Vormann das dingliche Recht, das er auf seinen Nachfolger zu übertragen beabsichtiget, so ist durch die Uebertragung auch das dingliche Recht, um das es sich handelt, erworben. Hatte aber der Vormann das dingliche Recht, das übertragen werden soll, selbst nicht, oder war das Geschäft, durch welches der Uebergang bewirkt werden soll, hierzu nicht geeignet; so erlangt der Nachfolger bloß den Besitz des Rechtes, das er zu erwerben beabsichtigte, welcher ein rechtmäßiger ist, wenn der Grund zu demselben ein solcher ist, durch den man das Recht selbst erlangt haben würde, wenn solches dem Vormanne gebührt hätte (§. 1461).

Unrechtmäßiger Besitzer ist sonach derjenige, welcher entweder gar keinen Titel hat, z. B. der Dieb, oder derjenige, welcher aus Irrthume eine ihm bloß zum Gebrauche übergebene Sache als geschenkt ansieht; ferner derjenige, welcher durch einen im Gesetze als ungültig erklärten Vertrag die Sache erlangt hat, z. B. durch einen der im §. 879 verbothenen Verträge; endlich derjenige, welcher sich auf einen Titel beruft, der zwar an und für sich gültig, aber zur Erwerbung des Rechtes, um das es sich handelt, nicht geeignet ist, z. B. wenn man einen Pfand- oder Leihvertrag als Titel zur Erwerbung des Eigenthums geltend machen wollte.

Die Rechtmäßigkeit des Titels liegt also nicht in der Rechtmäßigkeit der Handlung, durch welche erworben werden soll, sondern bloß in der Beschaffenheit des Rechtstitels an und für sich. Wenn es gleich richtig ist, daß der Besitz desjenigen, welcher sich auf das rechtlich vermuthete Eigenthum berufen (§. 372),

oder ersitzen will, sowohl rechtmäßig als redlich seyn müsse [1]; so müssen doch gerade hinsichtlich der Ersitzung, bey der Beurtheilung der Erfordernisse zu derselben wieder beide Erfordernisse getrennt, und abgesondert beurtheilt werden, da sie in Beziehung auf den Nachfolger des Besitzers ganz verschiedene Wirkungen hervorbringen, denn die Erben eines unrechtmäßigen Besitzers stellen den Erblasser vor, und können also aus Mangel des Titels eben so wenig ersitzen als ihr Erblasser (§. 1462); die Unredlichkeit des Erblassers hindert aber den Erben nicht, die Ersitzung von dem Tage seines Besitzes anzufangen (§. 1463).

Es ist auch ein sehr guter Grund vorhanden, beyde Eigenschaften von einander zu unterscheiden, und, wie es in unserem Gesetzbuche geschieht, verschiedene Folgen mit denselben zu verbinden, da sie der Natur nach wirklich verschieden sind. Der Titel ist etwas Aeußeres, dessen Daseyn oder Mangel durch die gewöhnlichen Beweismittel dargethan, und bey dem Verkehre beachtet werden kann und muß; die Redlichkeit oder Unredlichkeit aber ist etwas bloß Subjectives, das sich gewöhnlich nur indirect darthun läßt, und nach der Individualität eines Jeden beurtheilt werden muß.

Uebrigens ist es unrichtig, daß derjenige, welcher wissentlich eine gestohlene Sache von dem Diebe kauft, darum ein unrechtmäßiger Besitzer sey, weil der §. 878 die Anordnung enthält: »was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden« [2]; denn das, wozu sich der Käufer und Verkäufer der gestohlenen Sache durch den Vertrag verbinden, nähmlich die verkaufte Sache gehörig zum freyen Besitze zu übergeben und zu übernehmen (§. 1061 und 1062), ist weder unmöglich, noch geradezu unerlaubt, indem der Kauf der gestohlenen Sache nicht nothwendig mit der Verletzung der Rechte des Eigenthümers derselben verbunden ist. Das Unerlaubte bey dem Verkaufe der gestohlenen Sache liegt in den eigenen Verhältnissen der vertragmachenden Theile, nicht aber

---

[1] S. die Erörterung des Hrn. Professors v. Gapp, in Wagner's Zeitschrift J. 1828, 12. H. §. 7.

[2] Eben daselbst §. 5.

in der Leistung selbst, auf welche sich doch die Vorschrift des §. 878 allein bezieht. Die Anordnung des §. 442: daß Niemand mehr Rechte abtreten kann, als er selbst hat, wird in der oben angeführten Abhandlung unrichtig hierher bezogen, denn Niemand wird behaupten, daß der Dieb Rechte auf die gestohlene Sache übertragen könne, aber läugnen läßt es sich nicht, daß derjenige, der sie kauft, den Besitz derselben erwerbe; diesen Besitz muß man aber als einen rechtmäßigen anerkennen, weil der Kauf ein gültiger Titel ist (§. 1461). Ihm selbst wird zwar dieser Kauf keinen rechtlichen Vortheil bringen; er kann, weil er die Sache wissentlich von einem Diebe gekauft hat, weder auf das vermuthete Eigenthum Anspruch machen, noch die Sache ersitzen; aber die Wirkung des rechtmäßigen Titels wird sich offenbaren, wenn seine Erben redlicher Weise in den Besitz der gekauften gestohlenen Sache gelangen, sie werden, obgleich nur in einer außerordentlichen Frist (§. 1476), ersitzen können, was sie bey aller Redlichkeit nicht könnten, wenn ihnen z. B. der Besitz einer ihrem Erblasser bloß anvertraueten Sache zu Theil geworden wäre (§. 1462).

§. 30.

Die Innehabung gibt keinen Titel zum Besitze.

(§§. 318 und 319 des b. G. B.)

Aus dem Vorausgehenden erhellt, daß der Titel ein außer dem Besitze liegender, von ihm ganz oder zum Theile unabhängiger Erwerbungsgrund ist; hieraus folgt, daß sich Niemand den Titel selbst geben, und der Inhaber durch sein blosses Wollen nicht rechtmäßiger Besitzer werden könne. »Dem Inhaber, der eine Sache nicht in seinem, sondern im Nahmen eines Andern inne hat, kommt noch kein Rechtsgrund zur Besitznahme dieser Sache zu.« (§. 318.) »Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtiget, den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln und sich dadurch eines Titels anzumaßen.« (§. 319.)

Der Besitzer kann aber einem Andern den Besitz überlassen, die Gewahrsame im Nahmen des neuen Besitzers fortsetzen, und

so aus einem Besitzer ein blosser Inhaber werden. Daher fährt der §. 319 fort: »Wohl aber kann derjenige, welcher bisher eine Sache in eigenem Nahmen rechtmäßig besaß, das Besitzrecht einem Andern überlassen, und sie künftig in dessen Nahmen inne haben.«

So kann auch umgekehrt der bisherige Inhaber einer Sache durch den Willen des Berechtigten zum Besitzer derselben werden, »wenn der Veräußerer auf eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, daß der Uebernehmer die Sache, welche er bisher ohne ein dingliches Recht inne hatte, künftig aus einem dinglichen Rechte besitzen solle.« (§. 428.)

§. 31.

Wirkung des bloßen Titels und Erfordernisse zur Erlangung des Besitzrechtes.

(§§. 320—322 des b. G. B.)

Aus dem Gesagten folgt ferner, daß man »durch einen gültigen Titel nur das Recht zum Besitze einer Sache, nicht den Besitz selbst erhalte.« Man kann also das Recht zum Besitze ohne Besitz, so wie den Besitz ohne das Recht zu demselben haben. »Wer nur das Recht zum Besitze hat, darf sich im Verweigerungsfalle nicht eigenmächtig in den Besitz setzen; er muß ihn von dem ordentlichen Richter mit Anführung seines Titels im Wege Rechtens fordern.« (§. 320.) Denn sich der eigenmächtigen Hülfe bedienen, ist außer dem Falle der Noth überhaupt nicht gestattet. Soll also vermöge des Rechtes zum Besitze der Besitz selbst rechtlich erworben werden; so muß bey beweglichen Sachen die Uebergabe, bey unbeweglichen die Eintragung in die öffentlichen Bücher hinzu kommen. Daher die Verfügungen der §§. 321 und 322. Der §. 321 lautet: »Wo so genannte Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher, oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, wird der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt.« Wie die hier erwähnten

Bücher beschaffen seyen, ist bereits oben (§.22, S.34) vorgekommen, wie die Eintragung in dieselben vorzunehmen sey, wird näher bey der Erörterung des Eigenthums- und Pfand-Rechtes gezeigt werden. Hier ist nur noch zu bemerken, daß die Worte: »wird der rechtmäßige Besitz ꝛc.« nicht dahin zu verstehen seyen, daß durch diese Eintragung auf jeden Fall ein rechtmäßiger Besitz im Sinne des §. 316 entstehe, denn dieß ist keineswegs der Fall, da diese Bücher nur den Zweck haben, die wirklich zustehenden Rechte zu befestigen, nicht aber neue zu geben, und es möglich ist, daß der Eingetragene wirklich gar keinen Titel habe, z. B. wenn die der Eintragung zum Grunde liegende Urkunde falsch, oder der angegebene Titel ein bloßer Schein-Titel wäre. Die angeführten Worte müssen also im Zusammenhange mit dem vorausgehenden Paragraphe dahin verstanden werden, daß derjenige, welcher einen gültigen Titel zum Besitze hat, den eben dadurch rechtmäßigen Besitz durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher wirklich erlange [1], da er vor der Eintragung bloß ein Recht zum Besitze gehabt hat.

Von dem Rechte zum Besitze unterscheidet sich das Besitzrecht, unter welchem der Inbegriff der Befugnisse zu verstehen ist, welche einem Besitzer als solchem zustehen. Dieses setzt den wirklichen Besitz voraus, daher verfügt der §. 322: »Ist eine bewegliche Sache nach und nach mehreren Personen übergeben worden; so gebühret das Besitzrecht derjenigen, welche sie in ihrer Macht hat. Ist aber die Sache unbeweglich, und sind öffentliche Bücher eingeführt; so steht das Besitzrecht ausschließlich demjenigen zu, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist.«

Bey beweglichen Sachen entscheidet nach dem allgemeinen Begriffe des Besitzes (oben §. 19) in dem Falle, wo Mehrere auf den Besitz Anspruch haben, die Innehabung, wer für den Augenblick als wirklicher Besitzer derselben anzusehen sey. Bey unbeweglichen Sachen ist unter Mehreren, welche einen Titel zum Besitze haben, nur der als Besitzer anzusehen, welcher als solcher

---

[1] Nippel's Erläuterungen zu dem §. 321. Nr. 3.

in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, weil der wirkliche Besitz derselben nur durch diese Eintragung erlangt wird (§. 321). Damit ist aber nicht gesagt, daß es bey den unbeweglichen Sachen außer dem Besitze, der durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erlangt wird, keinen andern Besitz gebe, vielmehr muß man nach dem Begriffe des Besitzes überhaupt auch denjenigen als Besitzer anerkennen, welcher eine unbewegliche Sache bloß in seiner Gewalt und den Willen hat, sie als die seinige zu behalten, oder ein dingliches Recht im eigenen Nahmen auf dieselbe ausübt. Auch das Gesetz erkennt diese doppelte Art des Besitzes an, was am deutlichsten daraus erhellt, daß man auch mittelst dieses bloß natürlichen Besitzes ersitzen kann (§. 1468 und 1470).

§. 32.

Redlicher, unredlicher Besitz.

(§§. 326 und 327 des b. G. B.)

Der Ausdruck: redlich bedeutet in unserem Gesetzbuche eben so, wie in dem römischen Rechte[1], das Verhältniß, vermöge dessen man eine Handlung rechtmäßig unternehmen zu können meint. So erwähnt der §. 334 eines redlichen Inhabers, unter welchem nur derjenige verstanden werden kann, welcher einen zureichenden Grund hat, die fremde Sache in seiner Gewahrsame zu haben; der §. 415 erwähnt einer redlichen oder unredlichen Absicht, wodurch nichts Anderes angedeutet wird, als der Umstand, ob man glaubte, durch die mit der fremden Sache vorgenommene Veränderung dem Eigenthümer einen Vortheil zu verschaffen, oder ob man diese Meinung nicht hatte; der §. 932 unterscheidet, ob derjenige, welcher eine mangelhafte Sache übergeben hat, redlich oder unredlich gehandelt hat; eben so der §. 952, ob der Beschenkte das Geschenk redlicher oder unredlicher Weise aus dem Besitze gelassen hat, u. d. gl. Diesen Begriff nun auf den Besitz angewendet, ergibt sich, was der §. 326 enthält: »Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer.

---

[1] Glück's Erläuterung der Pandecten 7. Bd. S. 542.

Ein unredlicher Besitzer ist derjenige, welcher weiß oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern zugehöre.«

Die Umstände, aus welchen man vermuthen muß, daß die Sache eine fremde sey, können verschieden seyn, z. B. in der Sache befindliche Zeichen und Inschriften, auffallend zu geringer Preis, verdächtiger Vormann, u. d. gl. (§. 368). Immer müssen es aber Thatsachen seyn, welche die Vermuthung, daß die Sache einem Andern gehöre, begründen; ein blosses Bedenken oder ein bloßer Zweifel, ob man wirklich Eigenthümer geworden sey, macht den Besitz noch nicht zum unredlichen, denn man könnte in diesem Falle noch nicht sagen, daß der Besitzer vermuthen muß, und der ängstliche, gewissenhafte Mann wäre sonst übler daran, als der leichtsinnige, der ohne Schwierigkeit über alle Bedenken hinweggeht.

Die Thatsachen, aus welchen die Vermuthung entsteht, daß die Sache einem Andern gehöre, können entweder gleich bey der Erwerbung derselben vorhanden seyn, oder erst später zum Vorscheine kommen, der Besitzer kann also auch bey der Fortsetzung des redlich erworbenen Besitzes zu einem unredlichen werden.

»Aus Irrthum in Thatsachen oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger (§. 316) und doch ein redlicher Besitzer seyn.« Befindet man sich nähmlich über die Thatsache oder den Grund der Erwerbung im Irrthume; so kann dabey doch immer die Wahrscheinlichkeit vorhanden seyn, daß die Sache wirklich dem gehöre, der sie besitzt, z. B. wenn man aus Mißverständniß eine bloß geliehene Sache als geschenkt annimmt. Aber auch die Unwissenheit des Gesetzes schadet nicht, weil es hier nur auf die Meinung des Besitzers ankommt, und nicht darauf gesehen wird, woher diese Meinung entstanden ist. Wer also z. B. die Sache durch einen der im §. 879 verbothenen Verträge erworben hat, aber nicht wußte, daß dieser Vertrag verbothen sey, kann immer redlicher Besitzer seyn. Es kommt hier auch nicht darauf an, ob die Unwissenheit der gesetzlichen Vorschrift aus einer zuzurechnenden Sorglosigkeit entsprungen ist oder nicht; denn auch derjenige,

welchem eine Sorglosigkeit zur Last fällt, kann noch immer die Meinung haben, daß er Eigenthümer sey, und daß Redlichkeit mit einem Verschulden bestehen könne, beweist insbesondere der §. 415, welcher die Anordnung enthält: »Der Schuld tragende Theilnehmer wird nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht behandelt.« Eben dadurch läßt sich auch der obige Paragraph mit dem §. 2 des b. G. B. vereinigen. Der §. 2 zieht zwar die Verbindlichkeit nach sich, sich die Kenntniß des gehörig kundgemachten Gesetzes zu verschaffen (1. Bd. dieses Werkes, S. 51), und bey dem, der dieser Verpflichtung nicht nachkommt, wird ein Verschulden vermuthet (§. 1298); allein da ein Verschulden die Redlichkeit nicht aufhebt, so kann man redlicher Besitzer seyn, wenn man auch gegen die Vorschrift des §. 2 gehandelt hat.

Aus dem Begriffe des rechtmäßigen und redlichen Besitzes ergibt sich aber auch, daß man rechtmäßiger und doch unredlicher Besitzer seyn könne, denn beide Eigenschaften beruhen auf ganz verschiedenen Gründen, es kann also die eine ohne die andere vorhanden seyn, z. B. wenn man eine Sache kauft, von der man weiß, daß sie nicht dem Verkäufer gehöre. Daß diese Möglichkeit in dem Gesetze vorausgesetzt wird, beweisen die §§. 1462 und 1463; jener enthält, daß die Erben eines unrechtmäßigen Besitzers als solche nicht ersitzen können, dieser gestattet aber den Erben eines unredlichen Besitzers die Ersitzung von dem Tage seines Besitzes anzufangen; wie wäre es aber möglich, daß die Erben eines unredlichen Besitzers eine Ersitzung anfangen, wenn man nicht voraussetzte, daß ihr Erblasser, obgleich unredlicher Besitzer, doch zugleich rechtmäßiger war?[1]

Daß aber der ausschließliche Besitzer einer Sache oder eines Rechtes rechtmäßiger und unrechtmäßiger, redlicher und unredlicher Besitzer derselben Sache zugleich sey, ist unmöglich, weil entgegengesetzte Bestimmungen einander ausschließen; nur dann,

---

[1] Daß auch nach dem Römischen Rechte justus titulus ohne bona fides vorhanden seyn könne, zeigt unter Andern Schweppe Röm. Privatrecht, 4. Ausgabe, §. 216, 2. Bd. S. 18. und Haimberger Jus. Rom. Tom. 2. in der Anmerkung a zu §. 219. S. 75.

wenn Jemand eine Sache oder ein Recht nur zum Theile, oder mit gewissen Beschränkungen besitzt, kann dieser Fall in gewisser Beziehung eintreten, wie dieß auch der §. 327 aussagt: »Besitzt eine Person die Sache selbst, eine andere aber das Recht auf alle oder auf einige Nutzungen dieser Sache; so kann eine und dieselbe Person, wenn sie die Gränzen ihres Rechtes überschreitet, in verschiedenen Rücksichten ein redlicher und unredlicher, ein rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitzer seyn.«

§. 33.

Beurtheilung der Redlichkeit oder Unredlichkeit eines Besitzes; a. überhaupt.

(§. 328 des b. G. B.)

Von der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes hängen, wie sich in der Folge zeigen wird, wichtige Rechtsfolgen ab, und die Frage: ob der Besitz redlich sey oder nicht, ist darum von großer Wichtigkeit. »Im Falle eines Rechtsstreites muß die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. Im Zweifel ist die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes.« Der Grund dieser Vermuthung liegt in dem angebornen Rechte der Unbescholtenheit, vermöge dessen angenommen werden muß, daß der Besitzer die Sache nicht behalten haben würde, wenn er gewußt hätte, daß sie eine fremde sey. Es muß also derjenige, welcher behauptet, der Besitzer sey ein unredlicher, den Beweis führen, welcher der Natur der Sache nach in der Regel nur ein indirecter seyn kan , d. h. in der Darthuung solcher Umstände bestehen muß, aus welchen sich ergibt, daß der Besitzer wirklich wußte, oder vermuthen mußte, daß die Sache einem Andern gehöre (§. 326), denn von den directen Beweismitteln dürften Zeugen und Urkunden wohl schwerlich zu Gebothe stehen, und nur zuweilen vielleicht der Haupteid Anwendung haben.

§. 34.

b. Im Falle der Besitzerwerbung durch einen Andern.

Wurde der Besitz durch einen Andern für jemanden erworben, welcher von dieser Erwerbung Kenntniß und einen rechtskräftigen Willen hat; so ist bey der Beurtheilung der Redlichkeit auf den Besitzer selbst, nicht auf den Bevollmächtigten oder Stellvertreter zu sehen, da nicht sie, sondern die Machtgeber oder Pflegebefohlenen Besitzer sind. Es gilt also der Natur der Sache nach auch bey uns, was das Preußische Landrecht (1. Thl. 7. Tit. §. 21 und 22) ausdrücklich verfügt: »Die Redlichkeit des Dritten, durch welchen jemand einen Besitz für sich erwirbt, kommt dem unredlichen Erwerber nicht zu Statten. Dagegen schadet aber auch die Unredlichkeit eines solchen Dritten demjenigen nicht, für welchen der Besitz erworben worden.«

Es scheint aber, daß man den nähmlichen Grundsatz beybehalten müsse, wenn auch derjenige, für den der Besitz erworben worden ist, von dieser Erwerbung keine Kenntniß hat, oder wegen Mangels des Verstandesgebrauches wenigstens keine solche haben kann, welche rechtliche Wirkungen hervorbrächte, denn der §. 337 verfügt nur ausnahmsweise in Ansehung einer Gemeinde das Gegentheil. Es heißt zwar in dem §. 310: »Personen die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, sind an sich unfähig, einen Besitz zu erlangen, und werden durch einen Vormund oder Curator vertreten,« allein dieß gilt nur von der Erwerbung des Besitzes selbst, von welcher dort allein die Rede ist, und kann nicht auf die aus dem Besitze entstehenden Folgen ausgedehnt werden, weil man sonst zugeben müßte, daß die Vertretung, welche doch nur zum Schutze unfähiger Personen angeordnet ist (§. 187), denselben auch zum fortwährenden Nachtheile gereichen könne; ferner, daß die nähmlichen Besitzer, ungeachtet in ihrem Bewußtseyn oder der Beschaffenheit ihrer Absicht sich gar nichts verändert, bald redliche, bald unredliche Besitzer seyen, je nachdem nähmlich ihre Vertreter rücksichtlich des Besitzes einer gewissen Sache redlich oder unredlich zu Werke gehen; endlich fehlte es in dem Falle, wo unfähige Personen gar keinen Vertreter haben, gänzlich an einem Bestimmungsgrunde über die Redlichkeit oder

Unredlichkeit eines Besitzes, der vor ihrer Unfähigkeit von ihnen erworben, oder von Andern auf sie übergegangen ist.

Aus dem, daß der Gewalthaber den Gewaltgeber vorstelle, kann nicht das Gegentheil des obigen Grundsatzes gefolgert werden, weil der §. 1017 dieß nur in so fern anordnet, als der Gewalthaber nach der ihm gegebenen Vollmacht handelt, in Beziehung auf den redlichen oder unredlichen Besitz aber eine Vollmacht nicht bestehen kann. Es kommt also bey der Beurtheilung der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes auf die individuelle Beschaffenheit des Besitzers an, wie dieß insbesondere aus der Anordnung unsers Gesetzbuches in Ansehung des Erblassers und des Erben erhellt. Ungeachtet Beide in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten werden (§. 547), so hindert doch die Unredlichkeit des vorigen Besitzers den redlichen Erben nicht, die Ersitzung für sich anzufangen (§. 1463); so wie hingegen die Ersitzung unterbrochen würde, wenn ein unredlicher Erbe einem redlichen Erblasser im Besitze nachfolgete (§. 1493).

Kommt es aber bey der Beurtheilung der Redlichkeit des Besitzes auf diejenigen selbst an, für welche er erworben worden ist, welche aber von dieser Erwerbung keine Kenntniß haben, oder wenigstens auf rechtliche Art nicht haben können; so treten mancherley Bedenken ein.

Die von mir früher vertheidigte Ansicht[1]: daß es nicht auf den Beweis des Daseyns des redlichen Besitzes ankomme, indem die Redlichkeit im Zweifel vermuthet wird (§. 328), sondern bloß auf den Beweis des Abganges desselben, welcher aber gegen die in der Frage stehenden Personen nicht hergestellt werden kann, scheint nicht hinlänglich begründet zu seyn, denn Redlichkeit oder Unredlichkeit sind nicht solche Bestimmungen, von denen die eine oder die andere schlechterdings als vorhanden gedacht werden müßte, indem das Gesetz diese Prädicate dem Besitze nur in so fern beylegt, als es sich um gewisse rechtliche Folgen handelt, welche hiernach bestimmt werden. Es läßt sich also der Besitz recht wohl denken, ohne hierbey gerade auf diese Folgen Rücksicht

---

[1] S. die Materialien des Hrn. Vice-Präsidenten Pratobevera, 7. Bd. S. 139.

zu nehmen, und den Besitz als redlich oder unredlich voraus=zusetzen.

Wenn es ferner bloß auf den unredlichen Besitz ankäme, so wäre die Bestimmung des §. 326, wer redlicher Besitzer sey, ganz überflüssig; sie ist es aber nicht, sobald man annimmt, daß es bey dem Genusse der Vortheile des redlichen Besitzes nicht bloß auf die Abwesenheit der Unredlichkeit, sondern auf das Daseyn der positiven Eigenschaft des redlichen Besitzes ankomme, und dieß muß nach der Bestimmung des §. 326 angenommen werden. Da nun der Begriff des redlichen Besitzes ein Dafürhalten oder Urtheilen voraussetzt; so kann das Prädicat eines redlichen Be=sitzers demjenigen nicht zukommen, welcher gar nicht zu urtheilen im Stande ist.

Endlich kann auch die Regel des §. 328, daß im Zweifel der redliche Besitz vermuthet werde, auf den Fall nicht angewen=det werden, wo es aus den Umständen und der Beschaffenheit der Person einleuchtet, daß sie nicht redlicher Besitzer seyn kann, denn unter dieser Voraussetzung ist nicht der Fall des Zweifels, sondern Gewißheit vorhanden.

In Ansehung der des Verstandesgebrauches beraubten Per=sonen scheint es also darauf anzukommen, ob es sich um die Fort=setzung eines Besitzes handle, welchen der Unfähige früher schon gehabt hat, oder um einen Besitz, welcher während seiner Un=fähigkeit für ihn erst erworben wurde. Im ersten Falle dauert der Besitz in der Beschaffenheit fort, in welcher er früher vorhanden war (§. 352), denn durch den Verlust des Verstandesgebrauches geht so wenig, als in dem Zustande des Schlafes oder der Ohn=macht, eine Veränderung in der Meinung oder dem Dafürhal=ten vor, und der einmahl vorhandene Zustand muß so lange als fortdauernd angenommen werden, bis er durch entgegengesetzte Thatsachen aufgehoben wird.

Wurde aber der Besitz für den Unfähigen erst während der Unfähigkeit erworben, so kann man den Unfähigen, so wie einen des Wollens Fähigen, welcher von dem für ihn erworbenen Besitze keine Kenntniß hat, weder als redlichen, noch als unredlichen Besitzer annehmen, er wird sonach weder die Vortheile, welche das positive Recht mit dem redlichen Besitze verbindet, genießen,

noch als ein unredlicher Besitzer verantwortlich seyn. Denn die Verpflichtungen des unredlichen Besitzers sind Folgen seines Verschuldens, ein Verschulden kann aber dem nicht zur Last gelegt werden, welcher die rechtliche Willensfähigkeit nicht hat. Hieraus ergibt sich, daß durch den Besitz solcher Personen in den Wirkungen des Besitzes gleichsam ein Stillstand eintritt, und sie sich mit dem Eigenthümer in demjenigen Rechtsverhältnisse befinden, welches vorhanden ist, wenn man von den positiven Bestimmungen über die Folgen des redlichen und unredlichen Besitzes abstrahirt. Das Gesetz macht freylich von einem solchen Hemmungsgrunde insbesondere in Ansehung der Ersitzung keine Erwähnung, allein dieß beweist nichts gegen die vorerwähnte Ansicht, da es nicht nothwendig war, besondere Erwähnung von einem Hindernisse zu machen, das sich aus der Natur der Ersitzung von selbst ergibt. Denn, wenn schon einmahl die Regel bestimmt ist, der zur Ersitzung erforderliche Besitz müsse durch die ganze vom Gesetze bestimmte Zeit fortgesetzt werden (§. 1460); so versteht es sich von selbst, daß die Ersitzung nicht Statt haben könne, wenn ein solcher Besitz nicht vorhanden ist.

Hierzu kommt noch, daß wenn man zum Vortheile solcher Besitzer, welche von dem für sie erworbenen Besitze gar keine Kenntniß haben, oder im rechtlichen Sinne zu wollen nicht im Stande sind, annehmen wollte, daß sie die Vortheile redlicher Besitzer genießen, dieß eine Voraussetzung wäre, welche zum Nachtheile des Eigenthümers gereichte; daß aber im Zweifel, ob der Eigenthümer beschränkt, oder der Besitzer begünstiget werden soll, unstreitig jener den Vorzug verdient, da jede Beschränkung streng auszulegen ist, und es dem Eigenthümer um Abwendung eines Nachtheils, dem Besitzer aber um Erwerbung eines Vortheils zu thun ist. So wie man es gewiß unbillig finden würde, wenn man den, der vom Besitze gar nichts weiß, oder des rechtlichen Wollens unfähig ist, gleich einem unredlichen Besitzer verantwortlich machen wollte.

Unter den unfähigen Personen sind aber hier nur jene zu verstehen, welche den Gebrauch der Vernunft gar nicht haben, nicht überhaupt jene, welche wegen Mangels eines reifen Verstandes unter fremder Vertretung stehen, denn Minderjährige, welche die Jahre der Kindheit zurück gelegt haben, sind überhaupt für

den durch ihr Verschulden verursachten Schaden verantwortlich (§. 248); nur Kinder werden den Wahn- und Blödsinnigen gleich gesetzt, und der durch sie verursachte Schade wird als ein aus einer schuldlosen oder unwillkürlichen Handlung entstandener angesehen (§. 1306).

§. 35.

c) In Ansehung einer Gemeinde.

(§. 337 des b. G. B.)

Zur Beurtheilung der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes einer Gemeinde enthält der §. 337 folgende Regel: »Der Besitz einer Gemeinde wird nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Nahmen der Mitglieder handelnden Machthaber beurtheilt. Immer müssen jedoch die unredlichen sowohl den redlichen Mitgliedern, als dem Eigenthümer den Schaden ersetzen.«

Diese Regel hat ihren Grund darin, daß Gemeinden schon nach ihrer Verfassung bey der Erwerbung und Ausübung der Rechte durch ihre Machthaber vertreten werden, das Gesetz nimmt also in Ansehung der Redlichkeit oder Unredlichkeit auch nur auf die im Nahmen der Gemeinde handelnden Machthaber Rücksicht. Sind sie redlich zu Werke gegangen, so wird die Gemeinde als redliche Besitzerinn angesehen, und umgekehrt. Die Anwendung dieser Regel unterliegt keiner Schwierigkeit, wenn allen im Nahmen der Gemeinde handelnden Machthabern Redlichkeit oder Unredlichkeit beygelegt werden kann; aber sie wird zweifelhaft, wenn diese Eigenschaft nicht bey allen dieselbe ist. Es scheinen also folgende Fälle unterschieden werden zu müssen.

Wird nach der Verfassung der Gemeinde bey dem Geschäfte, durch welches der Besitz erworben wird, Einhelligkeit der Stimmen von Seite derjenigen Machthaber erfordert, welche das Geschäft vornehmen; so kann man schon nicht sagen, daß die im Nahmen der Gemeinde handelnden Machthaber redliche Besitzer seyen, wenn auch nur Einer unter ihnen sich nicht im guten Glauben befindet, und es macht somit die Unredlichkeit eines einzigen Machthabers den Besitz der ganzen Gemeinde zum unredlichen.

Entscheidet aber nach der Verfassung der Gemeinde unter den Machthabern die Mehrheit der Stimmen; so sind bey der Beurtheilung der Redlichkeit nur diejenigen Machthaber zu berücksichtigen, deren Stimmen die Mehrheit ausmachen, denn sie repräsentiren den Willen der Gemeinde, und sie sind es in diesem Falle eigentlich, durch welche der Besitz erworben wird. Befinden sie sich alle in gutem Glauben, so ist der Besitz der Gemeinde als ein redlicher anzusehen, wenn auch unter den Ueberstimmten Einer oder Einige wissen oder vermuthen müssen, daß die Sache eine fremde sey. Die unredlichen Mitglieder sind aber nach dem zweyten Satze des §. 337 dem Eigenthümer in so fern zum Ersatze verbunden, als er gegen die Gemeinde, weil sie als redliche Besitzerinn erklärt worden ist, sein Recht gar nicht oder wenigstens nicht in dem Umfange geltend machen kann, in welchem er es sonst hätte ausüben können. Unser Gesetzbuch setzt also hier stillschweigend voraus, was das Preußische Landrecht (1. Thl. 7. Tit. §. 29) ausdrücklich verordnet: daß nähmlich die unredlichen Mitglieder ihre Wissenschaft, oder ihre Vermuthungsgründe den übrigen Mitgliedern hätten anzeigen sollen; denn nähme man eine solche Verbindlichkeit nicht an, so hätten sie sich nur ihres Rechtes bedient, und sie wären zu keinem Schadenersatze verpflichtet (§. 1305). Befand sich aber unter denjenigen, nach deren Stimmen entschieden worden ist, auch nur Einer nicht im guten Glauben; so tritt die Voraussetzung nicht ein, unter welcher die Gemeinde als redliche Besitzerinn angenommen werden könnte, die Gewißheit der Unredlichkeit eines Einzigen benimmt der ganzen Gemeinde den Vortheil des redlichen Besitzes, und eben wegen dieser Gewißheit findet auch der Grundsatz des §. 328, daß im Zweifel die Vermuthung für die Redlichkeit ist, keine Anwendung. Die unredlichen Mitglieder sind in diesem Falle den redlichen für den Schaden Ersatz schuldig, welchen diese dadurch leiden, daß wegen der Unredlichkeit Eines oder Einiger der Machthaber der Besitz der Gemeinde überhaupt zum unredlichen wurde, folglich die Sache herausgegeben werden mußte, und jene Rechte nicht ausgeübt werden können, welche sonst dem redlichen Besitzer nach den §§. 329—332 zustehen.

§. 36.

d. In Ansehung einer anderen moralischen Person.

Da der §. 337 nur von Gemeinden spricht, Gemeinden aber von andern moralischen Personen wesentlich verschieden sind (s. den 1. Bd. dieses Werkes §. 56. S. 134); so kann er auf andere Gesellschaften, welche durch Machthaber den Besitz erwerben, nicht ausgedehnt werden: sondern es findet vielmehr auf dieselben dasjenige Anwendung, was oben (§. 34) von einzelnen Personen, welche durch Stellvertreter einen Besitz erwerben, gesagt worden ist, daß es nähmlich auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit desjenigen ankommt, für den der Besitz erworben worden ist. Befänden sich nicht alle Mitglieder der Gesellschaft in dieser Rücksicht in gleichem Verhältnisse, so muß jeder Einzelne seinen Antheil vertreten (§. 889), und wäre die Sache untheilbar, so würde hier ebenfalls, wie zuvor von den Machthabern der Gemeinde gezeigt worden ist, die Unredlichkeit eines Einzigen den Besitz der ganzen Gesellschaft zum unredlichen machen, und den redlichen Mitgliedern steht bloß nach der Analogie des §. 337 das Recht der Schadloshaltung gegen die unredlichen zu.

§. 37.

Echter, unechter Besitz.

(§. 345 des b. G. B.)

»Wenn sich jemand in den Besitz eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht, und das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht; so wird der an sich unrechtmäßige und unredliche Besitz noch überdieß unecht; in entgegengesetzten Fällen wird der Besitz für echt angesehen.«

Die widerrechtliche Art (Gewalt, List, heimliches Einschleichen, oder eigenmächtige Abänderung einer Zugestehung aus bloßer Gefälligkeit in eine Berechtigung), durch welche man den Besitz erlangt, macht also denselben zum unechten. Es kommt somit

dabey weder auf den Titel, noch darauf an, ob man die Sache für die seinige hält oder nicht, wodurch sich diese Eintheilung wesentlich von den vorigen, in rechtmäßigen und unrechtmäßigen, redlichen und unredlichen Besitz unterscheider. Aus den Worten des §. 345: »so wird der an sich unrechtmäßige und unredliche Besitz noch überdieß unecht,« könnte es zwar scheinen, daß der unechte Besitz immer auch unrechtmäßig und unredlich sey; allein da in den §§. 346 und 347 vorausgesetzt wird, daß der sachfällige unechte Besitzer ein stärkeres Recht, als sein Gegner, der ihn vermöge des echten Besitzes belangte, haben könne: so kann man nicht annehmen, daß die angeführten Fehler des Besitzes immer vereiniget seyen, weil es bey dieser Voraussetzung unmöglich wäre, daß der sachfällige unechte Besitzer je ein stärkeres Recht, als sein Gegner haben könnte. Es kann also selbst ein rechtmäßiger und redlicher Besitzer, ja sogar der Eigenthümer ein unechter Besitzer werden, wenn nähmlich diese Personen den verlornen Besitz auf eine der oben erwähnten Arten wieder erlangt haben. Das Gesetz unterscheidet den unechten Besitzer von den Besitzern, welchen andere Fehler entgegenstehen, und behandelt ihn, wie sich in der Folge zeigen wird, mit besonderer Strenge, weil sich derselbe eben durch diese Art den Besitz zu erlangen, einer strafbaren Handlung, oder wenigstens der Uebertretung des Verbothes der Eigenmächtigkeit (§. 19) schuldig gemacht hat.

Echt ist nach dem Obigen derjenige Besitz, welcher auf eine von den, im §. 345 genannten Fehlern freye Art erlangt ist, er mag übrigens ein bloß natürlicher, physischer oder ein bürgerlicher (Tabular-) Besitz seyn [1].

---

[1] Die in der Erörterung des Hrn. Landrechts-Präsidenten Ordacki (Wagner's Zeitschrift I 1830, 9. Heft) angenommene Definition scheint also nicht richtig zu seyn. Sie lautet (S. 129): »Die Echtheit des Besitzes besteht in der gesetzlich bestimmten Art entweder der natürlichen Uebergabe, oder aber jener vermittelst öffentlicher Bücher in der Absicht, um an den Uebernehmer ein dingliches Recht zu übertragen.« Der Herr Verfasser dieses Aufsatzes folgert hieraus, daß bey Sachen, welche ein Gegenstand der öffentlichen Bücher sind, nur der Tabular-Besitz ein echter sey, und behauptet, bey dem verbücherten Besitze sey die Unmöglichkeit einer un-

Da Fehler in der Besitzerwerbung nicht zu vermuthen sind, sondern Thatsachen voraussetzen, die der Anführende beweisen muß; so hat nicht derjenige, der im echten Besitze zu seyn behauptet, sondern vielmehr jener, welcher das Gegentheil behauptet, seine Behauptung zu erweisen. Will aber derjenige, der sich im Besitze befindet, nicht bloß in demselben geschützt werden, sondern den verlornen Besitz wieder erlangen, oder aus

---

echten Besitzerwerbung gar nicht denkbar. Die Unrichtigkeit der ersten dieser Behauptungen dürfte aus dem, was oben (§. 22) angeführt worden ist, hinlänglich erhellen, ist aber auch umständlich von dem Herrn Präsidenten Wittig (Wagner's Zeitschrift J. 1831, 7. Heft S. 23 und folg.) nachgewiesen worden. Was die zweyte Behauptung betrifft, so mag der Herr Verfasser des hier zuerst erwähnten Aufsatzes die Anmerkung in dem 8. Bde. der Materialien des Herrn Vice-Präsidenten Pratobevera, S. 366 nachlesen, er wird sich dann vielleicht die Möglichkeit eines durch eine falsche Urkunde erschlichenen, folglich unechten, Tabular-Besitzes denken können. Wohin die Ansicht des Hrn. Präsidenten Drdacki führe, zeigt er selbst in dem angeführten Aufsatze S. 135, wo er annimmt, daß derjenige, dem der physische Besitz eines Gutes von dem Eigenthümer selbst eingeräumt war, nach der bloßen Ansicht des Tabular-Extractes, der einen Andern als Besitzer ausweist, aus dem Besitze gesetzt werden, ja! daß der Intabulirte ihn sogar eigenmächtig aus demselben vertreiben könne (!!).

Auch der Herr Kreiscommissär (jetzige Cameral-Rath) Drdacki will in dem Aufsatze: »Ueber das Holzungsrecht der Unterthanen in Galizien« (Wagner's Zeitschrift J. 1831, 12. Heft) nur den Tabular-Besitz bey dinglichen Rechten auf unbewegliche Sachen als den echten anerkennen, und in Folge dessen behauptet er (S. 295), daß eine unterthänige Gemeinde, welche sich vom Jahre 1790 bis jetzt ununterbrochen im Besitze des durch Vertrag erlangten Holzungsrechtes befand, in dem Besitze nicht geschützt werden könne, wenn sich der Grundherr darauf beruft, daß dieses Recht der Gemeinde in der Landtafel nicht eingetragen ist. Nimmt man diesen Grundsatz an, so sind, besonders in Galizien, alle Unterthanen ihrer dinglichen Rechte auf herrschaftliche Gründe, in so weit dieselben auf Verträgen beruhen, entsetzt, denn es gibt vielleicht nicht Ein Beyspiel, wo ein solches, in früherer Zeit erworbenes Recht in der Landtafel eingetragen wäre.

dem fortgesetzten Besitze die Erwerbung des Rechtes selbst ableiten; so muß er natürlich eine solche Erwerbung des Besitzes darthun, welche als fehlerfrey oder echt erscheint, weil das Gesetz den nicht begünstigen kann, welcher eigenmächtig und gesetzwidrig gehandelt hat. In diesem Sinne heißt es im §. 372: »Wenn der Kläger die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargethan hat« ꝛc., und eben so wird im §. 1461 die Echtheit des Besitzes als ein eigenes Erforderniß zur Ersitzung dargestellt.

Vierter Abschnitt.

Von dem Besitzrechte.

§. 38.

Allgemeine Besitzrechte: a) der Besitzer kann zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden.

(§. 323 des b. G. B.)

Mit dem Besitze sind verschiedene vortheilhafte Folgen verbunden (jura, beatitudines possessionis), deren Inbegriff wieder als ein eigenes Recht gedacht wird, und das Besitzrecht (jus possessionis) ausmacht. Das Besitzrecht ist also der Inbegriff derjenigen Befugnisse, welche dem Besitzer, als solchem, zustehen. Einige dieser Befugnisse sind von der Art, daß sie schlechterdings allen Besitzern, andere von der Art, daß sie nur den Besitzern gewisser Art zukommen; man kann also die Besitzrechte in allgemeine und besondere abtheilen.

Die allgemeinen Besitzrechte sind nach unserm Gesetzbuche folgende: a) der Besitzer kann zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden (§. 323); b) im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug (§. 324); c) niemand darf den Besitzer eigenmächtig stören (§. 339); d) er kann sich auch eigenmächtig im Besitze schützen (§. 344). Der §. 323 lautet: »Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich; er kann also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden.«

Die Vermuthung eines gültigen Titels gründet sich auf das

angeborne Recht der Unbescholtenheit, vermöge dessen vorausgesetzt werden muß, daß niemand eine Sache als die seinige behalten würde, wenn er nicht einen rechtsgültigen Grund dazu hätte. Der Besitzer kann aber zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden, weil man überhaupt nicht schuldig ist, einem Andern, der hierzu nicht ein besonderes Recht erlangt, oder als Vorgesetzter dazu befugt ist, über seine Rechtsverhältnisse Auskunft zu geben, oder eine positive Leistung zu seinem Vortheile zu unternehmen.

§. 39.

b) Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug.

(§. 324 des b. G. B.)

»Diese Aufforderung (zur Angabe des Titels) findet auch dann noch nicht Statt, wenn jemand behauptet, daß der Besitz seines Gegners mit andern rechtlichen Vermuthungen, z. B. mit der Freyheit des Eigenthumes, sich nicht vereinbaren lasse. In solchen Fällen muß der behauptende Gegner vor dem ordentlichen Richter klagen, und sein vermeintliches stärkeres Recht darthun. Im Zweifel gebühret dem Besitzer der Vorzug.«

Der Grund dieser Anordnung liegt darin, daß derjenige, welcher die Veränderung eines Zustandes bewirken will, die Gründe hierzu beybringen, folglich als Kläger auftreten, und sein Recht darthun muß. Befindet sich nun jemand im Besitze eines Rechtes, welches das Eigenthum beschränkt, z. B. einer Dienstbarkeit, und will der Eigenthümer diese Beschränkung nicht leiden; so liegt ihm ob, sein stärkeres Recht zu beweisen, welches aber nicht dadurch bewirkt wird, daß er sich auf eine Vermuthung beruft, denn im Allgemeinen sind alle Vermuthungen gleich stark, und bey dem Beweise hebt eine die andere, folglich die Vermuthung der Rechtmäßigkeit des Besitzes die Vermuthung der Freyheit des Eigenthums auf. Das stärkere Recht des Klägers wird nur dann erhellen, wenn er zeigen kann, daß sein Gegner im unechten Besitze ist; oder daß demselben das von ihm behauptete Recht nicht zustehe, weil er es von einem zu dessen

Uebertragung nicht berechtigten Vormanne erhalten hat, weil er nicht fähig ist, dasselbe zu erwerben, oder weil in der Erwerbung selbst ein wesentliches Gebrechen unterlaufen ist, wodurch der Uebergang des Rechtes auf den jetzigen Besitzer gehindert wurde u. dgl. Kann er sein stärkeres Recht nicht erweisen, so erfolgt keine Veränderung, derjenige, der sich im Besitze befindet, bleibt in demselben, und hat in so fern den Vorzug.

§. 40.

Ausnahmen von der Regel, daß der Besitzer zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden kann.

(§. 325 des b. G. B.)

Die Ausnahmen von der Regel des vorigen Paragraphs, auf welche der §. 325 mit den Worten: »In wie fern der Besitzer einer Sache, deren Verkehr verbothen, oder die entwendet zu seyn scheint, den Titel seines Besitzes anzuzeigen verbunden sey, darüber entscheiden die Straf- und politischen Gesetze« hindeutet, sind eigentlich nicht privatrechtlicher Natur, sondern gehören vielmehr in das öffentliche Recht.

Um den Verkehr mit verbothenen Waaren hintan zu halten, verordnet die Zollordnung vom 2. Januar 1788, §. 48, daß alle Handelsleute verpflichtet seyen, wenn sie von Beamten befragt werden, entweder die Verzollung oder den Bezug ihrer Waaren zu beweisen, und zwar nach der Erläuterung des Hofkammerdecretes vom 5. Februar 1805 [1], die Waare mag für ausländisch oder inländisch angegeben werden.

Wenn eine Sache entwendet, d. i. auf eine durch die Strafgesetze verbothene Weise, ihrem Eigenthümer oder Inhaber entzogen zu seyn scheint, muß jeder, bey dem sie betreten wird, der nachforschenden Obrigkeit, zur Entdeckung des allfälligen Thäters, nach den Vorschriften des Strafgesetzbuches Auskunft geben, von wem und wie er dieselbe an sich gebracht habe.

Aus der Regel: daß der Besitzer zur Angabe seines Titels

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 19.

nicht aufgefordert werden kann, folgt aber nicht, daß er nicht zuweilen denselben auszuweisen verbunden sey, denn dazu wird er genöthiget, wenn jemand mit der Klage aus dem vermutheten Eigenthume (§. 372) gegen ihn auftritt, und einen gültigen Titel zum Besitze darthut. Der Besitzer kann sich gegen eine solche Klage nur dadurch vertheidigen, daß er zeigt, er habe ein gleiches, oder noch stärkeres Recht als der Kläger, und zu diesem Zwecke ist der Regel nach die Ausweisung seines Titels nothwendig. Ferner ist er zu derselben veranlaßt, wenn er ein Recht ersessen zu haben behauptet, denn damit dieß erhelle, muß er (wenn er sich nicht etwa auf eine Ersitzung von 30 oder 40 Jahren beruft §. 1477), zeigen, daß bey ihm alle Erfordernisse der Ersitzung, folglich auch ein rechtmäßiger Titel, vorhanden waren.

§. 41.

c) Niemand darf den Besitzer eigenmächtig stören.

(§. 339 des b. G. B.)

»Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit seyn, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes, und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern.«

Stören überhaupt heißt die Fortdauer eines Zustandes auf eine unerlaubte, oder doch unangenehme Weise unterbrechen. Der Besitz wird also gestört, wenn man den Besitzer hindert, seine Befugnisse auszuüben, es mag dieß dadurch geschehen, daß man ihm die Sache entzieht, ihn mit Gewalt daraus vertreibt, oder etwas unternimmt, wodurch es ihm unmöglich gemacht wird, auf eine Sache so einzuwirken, wie er es früher zu thun im Stande war. Niemand ist, wenn auch der Besitz unrechtmäßig, unredlich und unecht ist, zu einer solchen Handlung berechtiget, weil die Selbsthülfe im Staate überhaupt nur zur Vertheidigung, nicht aber zur Wiedererlangung verlorner Rechte gestattet ist (b. G. B. §. 19). Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes unter Androhung eines wirksamen Zwangsmittels

(einer Geld- oder Arreststrafe) [1] und den Ersatz des Schadens, welcher z. B. durch einen eingerissenen Bau, Zerstörung einer Maschine, u. dgl. verursacht worden ist, zu fordern.

§. 42.

Besondere Rechtsmittel: aa) gegen Störungen durch eine Bauführung.

(§§. 340—342 des b. G. B.)

»Wird der Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes durch Führung eines neuen Gebäudes, Wasserwerkes, oder andern Werkes in seinen Rechten gefährdet, ohne daß sich der Bauführer nach Vorschrift der allgemeinen Gerichtsordnung gegen ihn geschützt hat; so ist der Gefährdete berechtiget, das Verboth einer solchen Neuerung vor Gericht zu fordern, und das Gericht ist verbunden, die Sache auf das schleunigste zu entscheiden.«

Dieses Rechtsmittel gegen Besitzstörungen durch Führung eines Baues wird nur den Besitzern einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes, z. B. einer Hypothek, oder Dienstbarkeit, eingeräumt, weil es vorzüglich zur Erhaltung dinglicher Rechte nothwendig ist, und derjenige, dem eines persönlichen Rechtes wegen daran liegt, daß ein Bau unterbleibe, z. B. ein Bestandnehmer, sich an den halten muß, von dem er sein Recht ableitet, um durch ihn zu bewirken, daß die nachtheilige Bauführung unterbleibe.

Es wird zur Zulässigkeit dieses Mittels vorausgesetzt, daß der Bauführer bey Unternehmung des Baues die Vorschriften nicht beobachtet habe, welche theils in der Gerichtsordnung, theils in den besondern, für die Haupt- und vorzüglichsten Provinzialstädte erlassenen Bauordnungen enthalten sind. Für Wien sind die theils in ausdrücklichen Verordnungen, theils in der Observanz gegründeten Vorschriften in Ansehung der Privat-Baufüh-

---

[1] Justiz-Hofdecret vom 26. November 1824. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 20.

rungen in der Stadt und in den Vorstädten zusammengefaßt, und unter dem 13. December 1829 [1] kund gemacht worden.

Die bestehenden Bauvorschriften sind mit einigen Modificationen auch bey den von dem Militär zu führenden Bauten zu beobachten [2]. Sie finden aber bey bloßen Einfriedungen keine Anwendung [3]. Nur müssen zur Erhaltung der Straßen besondere Vorsichten angewendet, und die Bewilligung zum Baue an denselben kann nur mit Einvernehmung des zuständigen Straßen-Commissariates ertheilt werden [4]. Die bey Wasserbauten zu beobachtenden Vorsichten werden in dem Hauptstücke vom Zuwachse vorkommen.

Das Gericht ist verbunden, das Gesuch um Einstellung eines ohne gehörige Bewilligung unternommenen Baues auf das schleunigste zu entscheiden, weil in solchen Fällen gewöhnlich Gefahr mit dem Verzuge verbunden ist, und zuweilen, besonders bey Wasserwerken, durch die Fortsetzung des Baues ein unwiederbringlicher Schade entstehen könnte.

»Bis zur Entscheidung der Sache ist die Fortsetzung des Baues von dem Gerichte in der Regel nicht zu gestatten. Nur bey einer nahen, offenbaren Gefahr, oder, wenn der Bauführer eine angemessene Sicherheit leistet, daß er die Sache in den vorigen Stand setzen, und den Schaden vergüten wolle, der Verbothsleger dagegen in dem letztern Falle keine ähnliche Sicherstellung für die Folgen seines Verboths leistet, ist die einstweilige Fortsetzung des Baues zu bewilligen.« (§. 341.)

Im Falle beyde Theile eine Sicherstellung anbiethen, hat der Verbothleger den Vorzug, weil er sich nur seines Rechtes bedient, derjenige aber, welcher ohne Beobachtung der gesetzli-

---

[1] S. Goutta's Gesetzsammlung 30. Bd. S. 873.

[2] Hofkriegsräthliche Verordnung vom 1. Februar 1823. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 22.

[3] Hofkanzleydecret vom 28. October 1819. Eben daselbst S. 27.

[4] Hofkanzleydecret vom 4. Januar 1827. Eben daselbst S. 28.

chen Vorschriften den Bau unternommen, schon eben dadurch sich einer Gesetzes-Uebertretung schuldig gemacht hat.

»Was in den vorhergehenden §§. in Rücksicht einer neuen Bauführung verordnet wird, ist auch auf die Niederreissung eines alten Gebäudes, oder andern Werkes anzuwenden« (§. 342); denn die Niederreissung kann für den Besitzer dinglicher Rechte eben so nachtheilig, wie die Aufführung neuer Gebäude werden; es kann z. B. die Ausübung einer Dienstbarkeit dadurch unmöglich gemacht, oder der Werth der Hypothek so vermindert werden, daß sie zur Deckung der Schuld, für welche sie bestellt worden ist, nicht mehr zureicht, u. dgl.

§. 43.

bb) Bey der durch einen vorhandenen Bau entstehenden Gefahr.

(§. 343 des b. G. B.)

»Kann der Besitzer eines dinglichen Rechtes beweisen, daß ein bereits vorhandener fremder Bau oder eine andere fremde Sache dem Einsturze nahe sey, und ihm offenbarer Schaden drohe; so ist er befugt, gerichtlich auf Sicherstellung zu dringen, wenn anders die politische Behörde nicht bereits hinlänglich für die öffentliche Sicherheit gesorgt hat.«

Ohne diese Sicherstellung würde vielleicht derjenige, welcher durch den Einsturz der baufälligen Sache Schaden leidet, gegen den Eigenthümer dieser Sache zur Zeit, als der Einsturz erfolgt, keinen wirksamen Regreß haben.

Es dürfte indessen selten Gelegenheit eintreten, von diesem Rechtsmittel Gebrauch zu machen, da die politischen Behörden schon vermöge ihres Amtes darüber zu wachen haben, daß nicht jemand durch den Einsturz eines Gebäudes verletzt werde, und das Strafgesetzbuch (2. Thl. §. 134 und 135) es dem Eigenthümer der baufälligen Sache zur Pflicht macht, die zur Abwendung der Beschädigung nöthigen Maßregeln zu ergreifen.

§. 44.

d) Der Besitzer kann sich auch eigenmächtig im Besitze schützen.

(§. 344 des b. G. B.)

»Zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, daß die richterliche Hülfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben (§. 19).«

Zur rechtmäßigen Anwendung der eigenen Gewalt wird also vorausgesetzt, daß es um Abtreibung eines auf den Besitzer gemachten, noch fortwährenden Angriffes zu thun ist, folglich die eigene Gewalt zur Vertheidigung, nicht zum Angriffe gebraucht werde. Sie muß folglich sogleich (in continenti) gebraucht werden, d. h. ohne daß andere Thatsachen dazwischen vorgekommen wären, aus welchen sich schließen ließe, daß der Besitzer die Wiedererlangung des Besitzes durch eigene Hülfe aufgegeben habe; denn war dieß der Fall, so gelangte der Gegner in den Besitz, welchen, weil er nicht angegriffen wird, das Strafgesetzbuch (1. Thl. §. 72) den ruhigen nennt, und der dann nicht mehr eigenmächtig gestört werden darf, wenn man nicht als Besitzstörer der Verantwortlichkeit nach den bürgerlichen (§. 339) und nach Umständen auch nach den Strafgesetzen ausgesetzt seyn will.

»Uebrigens hat die politische Behörde für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, so wie das Strafgericht für die Bestrafung öffentlicher Gewaltthätigkeiten zu sorgen.« Dem Besitzer kommt also auch der Schutz der politischen Behörden und der Strafgerichte zu Statten. Unter jenen sind alle zu verstehen, denen nach Verschiedenheit der Provinzial-Verfassung die Aufrechthaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit obliegt, d. i. die Ortsobrigkeiten und Kreisämter, welche jedoch nur in so weit einzuschreiten haben, als es zur Hintanhaltung strafbarer, die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit störenden Handlungen nothwendig ist [1].

---

[1] Hofdecrete vom 3. März 1797 und 14. Februar 1811. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 29.

Die Strafgerichte tragen in so fern zum Schutze des Besitzes bey, als die gewaltsame Störung des ruhigen Besitzes als Verbrechen erklärt, und streng geahndet [1], folglich dadurch auch wahrscheinlicher Weise hintangehalten wird.

Das gewöhnliche Mittel sich im Besitze zu erhalten, oder den verlornen wieder zu erlangen, besteht in der bey dem Civil-Richter anzubringenden Klage, welche nach Verschiedenheit der Umstände zuweilen eigene Modificationen annimmt, und in so fern als ein eigenes, dem Besitzer zustehendes Rechtsmittel erscheint. Doch davon wird, da es dabey auf die besondere Art des Besitzes ankommt, erst später, wo von den besonderen Besitzrechten die Rede ist, gehandelt werden.

§. 45.

Rechte des bloßen Inhabers.

(§. 348 des b. G. B.)

Die allgemeinen Besitzrechte ergeben sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Verhältnissen, sie sind daher, streng genommen, nicht eigentlich Folgen des Besitzes; sondern haben in allen Fällen Statt, wo sich jemand mit dem Besitzer in gleicher Lage befindet, sie können also auch einem bloßen Inhaber nicht abgesprochen werden, theils weil die Innehabung in der Ausübung einer für den Inhaber wichtigen Befugniß besteht, welche geschützt werden muß; theils weil der Inhaber als Stellvertreter des Besitzers anzusehen ist, auf den die Ausübung der Besitzrechte entweder ausdrücklich oder stillschweigend übertragen wurde, indem sonst auch der Besitz nicht erhalten werden könnte. Denn wer würde z. B. seine Sache einem Andern leihen, in Bestand oder Verwahrung geben, u. dgl., wenn er besorgen müßte, daß der Inhaber die ihm anvertraute Sache gegen einen allfälligen Angriff zu vertheidigen nicht die angemessenen Mittel habe?

Auch der Inhaber kann also zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden, dieß im Allgemeinen schon darum nicht,

---

[1] Strafgesetzbuch 1 Thl. §§. 72 und 73.

weil man von demjenigen, der eine Sache in seiner Gewalt hat, oder ein Recht ausübt, nicht weiß, ob er Besitzer oder bloßer Inhaber sey. Gibt er sich aber als Inhaber an, so muß er allerdings, wenn er sich nicht selbst auf die Klage, welche von dem, der ein stärkeres Recht zu haben behauptet, gegen ihn angestellt wird, einlassen will, seinen Vormann nahmhaft machen, und sich darüber ausweisen (§§. 348 u. 375); allein den besondern Grund, aus welchem ihm die Sache von seinem Vormanne überlassen worden ist, ob sie ihm z. B. zu leihen oder in Verwahrung gegeben wurde, braucht er auch in einem solchen Falle nicht anzugeben, da es sich zunächst nur um das Rechtsverhältniß des Dritten zu dem Vormanne des Inhabers handelt.

Selbst der Vortheil, daß er im Falle eines Rechtsstreites den Vorzug erhalte, kann ihm dann zu Statten kommen, wenn er sich auf die Klage eingelassen hätte, und der Dritte, welcher das Besitzrecht zu haben behauptet, mit seinem Beweise nicht auslangt; denn es ist der Vortheil des Geklagten überhaupt, daß in seinem Zustande nichts verändert werden darf, wenn der Kläger einen hinreichenden Grund zu einer solchen Veränderung nicht nachweist. Der Inhaber muß also in seiner Innehabung geschützt werden, wenn sein Gegner das Recht, die Herausgabe der Sache zu fordern, nicht dargethan hat.

Daß auch den Inhaber niemand eigenmächtig zu stören berechtiget ist, folgt schon daraus, daß die Innehabung eine Befugniß ist, welcher der allgemeine Schutz der Rechte nicht versagt werden kann, daher ist auch der Inhaber berechtiget, sich im Falle der Nothwehre mit eigener Gewalt zu vertheidigen.

»Wenn der bloße Inhaber von mehreren Besitzwerbern zugleich um die Uebergabe der Sache angegangen wird, und sich Einer darunter befindet, in dessen Nahmen die Sache aufbewahrt wurde; so wird sie vorzüglich diesem übergeben, und die Uebergabe den Uebrigen bekannt gemacht. Kommt dieser Umstand Keinem zu Statten, so wird die Sache der Gewahrsame des Richters oder eines Dritten anvertraut. Der Richter hat die Rechtsgründe der Besitzwerber zu prüfen, und darüber zu entscheiden.«

Der erste Theil dieser Anordnung ergibt sich daraus, daß der Inhaber demjenigen, in dessen Nahmen er die Sache inne hat, vermöge des besondern Verhältnisses, in welchem er mit seinem Vormanne, z. B. als Pfand- oder Bestandinhaber steht, die Sache, ihm zurück zu stellen, verbunden ist. Ist unter den Besitzwerbern Keiner, in dessen Nahmen er die Sache inne hatte, indem er sie z. B. gefunden hat; so darf der Inhaber dadurch, daß er unter den Besitzwerbern Einem den Vorzug gibt, und ihm die Sache einräumt, ihm nicht willkürlich die Vortheile verschaffen, welche mit dem Besitze verbunden sind, sondern er muß Alles der Entscheidung des Richters überlassen, daher diesem oder einem von demselben zu bestimmenden Dritten die Sache in Verwahrung geben. Der Richter müßte, analog mit dem Falle, wo Mehrere einander ausschließende Erbserklärungen überreicht haben, die Parteyen mit ihren Ansprüchen vernehmen, und wenn er die Sache nicht gütlich unter ihnen abthun könnte, Eine derselben zum Kläger bestimmen, und zwar nach natürlichen Rechtsgrundsätzen diejenige, deren Recht das schwächere ist, d. h. deren Anspruch voraussetzt, daß das anerkannte oder erwiesene Recht der andern nicht Statt finde, weil es nachher aufgehoben worden ist, z. B. A und B machen auf die von C gefundene Sache Anspruch; B behauptet, die Sache von A zum Geschenke erhalten zu haben, er bekennt also hierdurch selbst, daß A ein Recht auf die Sache hätte, wenn es nicht durch Schenkung auf ihn (B) übertragen worden wäre; B wird also als Kläger aufzutreten, und die Schenkung gegen A zu erweisen haben. Erscheinen die Ansprüche der Besitzwerber gleich stark, so wäre, damit die Unparteylichkeit des Richters nicht bezweifelt werden könne, durch das Loos zu entscheiden, wer als Kläger aufzutreten habe, damit nach der ordentlichen Rechtsverhandlung über die Zuständigkeit des Besitzes erkannt werden könne.

§. 46.

Besondere Besitzrechte.

Bey den besondern Besitzrechten kommen die verschiedenen Arten des Besitzes in Betrachtung, weil nach der Verschiedenheit

derselben die daraus sich ergebenden Rechte ebenfalls verschieden sind. Indessen kommen in dem Hauptstücke vom Besitze nur die Rechte des redlichen und unredlichen, des echten und unechten Besitzers vor; die Rechte des rechtmäßigen Besitzers zeigen sich hauptsächlich bey der Klage aus dem vermutheten Eigenthume und bey der Ersitzung, und werden erst in den Hauptstücken von dem Eigenthume und von der Verjährung behandelt.

§. 47.

Rechte des redlichen Besitzers; a) rücksichtlich der Substanz der Sache.

(§. 329 des b. G. B.)

Die Rechte des redlichen Besitzers äußern sich in Ansehung der Substanz der Sache, der Nutzungen, welche er aus der fremden Sache bezogen hat, und des Aufwandes, welchen er auf dieselbe machte.

Rücksichtlich seines Rechtes auf die Substanz, bestimmt der §. 329: »Ein redlicher Besitzer kann schon allein aus dem Grunde des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen.« Er kann also während seines redlichen Besitzes mit der Sache gleich einem Eigenthümer verfügen, und unterscheidet sich nur dadurch, daß sein Recht zeitweilig ist, d. i. nur so lange dauert, als der redliche Besitz nicht unterbrochen wird. Er ist dem zu Folge über die Verwaltung der Sache keine Rechenschaft zu geben schuldig, und derjenige, welcher die Herausgabe der Sache bewirkt hat, muß sich begnügen, dieselbe in dem Zustande zu bekommen, in welchem sie sich befand, als der redliche Besitz aufhörte. Er erwirbt daher auch jenen Theil des während seines Besitzes gefundenen Schatzes, welcher ihm als vermeintlichen Eigenthümer des Grundes zugetheilt worden ist, und kann ihn nach Belieben brauchen oder verbrauchen. Nur, wenn er den Antheil, der dem Eigenthümer des Grundes gebührt, zu der Zeit, als der redliche Besitz aufhörte, noch nicht empfangen hätte, könnte er keinen Anspruch darauf machen, da der Schatz als Zuwachs anzusehen ist, der Besitzer folglich ihn in so weit herauszugeben verbunden ist, als auch die noch nicht bezogenen

Nutzungen (§. 330) mit der Sache selbst dem Eigenthümer überlassen werden müssen.

§. 48.

b) Rücksichtlich der Nutzungen.

(§. 330 des b. G. B.)

Das Wort: Nutzungen wird in zweyfacher Bedeutung genommen; in der weiteren, wie es in der Randinschrift gebraucht wird, werden darunter die Vortheile überhaupt verstanden, welche eine Sache unbeschadet ihrer Substanz gewährt. Im engeren Sinne werden Nutzungen und Früchte unterschieden. Früchte im eigentlichen Sinne (fructus naturales) heißen die Erzeugnisse, welche aus der Sache selbst entstehen, es sey bloß durch die Kräfte der Natur, oder mit Hinzuthun des Fleißes und der Kunst der Menschen.

Nutzungen im engeren Sinne (fructus civiles) sind Vortheile, welche man in Rücksicht einer Sache genießt, indem man den Gebrauch derselben einem Andern überläßt, z. B. Zinsen aus einem Darleihen, oder aus einer in Bestand gegebenen Sache. In Ansehung der Früchte stellt der §. 330 die Regel auf: »Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringende Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind.« Die Absonderung oder Trennung mag absichtlich oder zufällig, z. B. durch das Abfallen der Früchte oder das Abbrechen oder Entwurzeln der Bäume durch einen Sturm u. d. gl. geschehen. Weiter kommt es nicht darauf an, ob die Früchte schon eingebracht oder gesammelt, verzehrt, oder in eine andere Gestalt gebracht worden sind, oder nicht. Das Gesetz scheint hier eine einfache durchgreifende Regel aufgestellt zu haben, um alle Schwierigkeiten, welche bey weiteren Unterscheidungen hinsichtlich der Auseinandersetzung der wechselseitigen Rechte entstehen könnten, zu beseitigen. Dem Besitzer sind aber dadurch sehr wichtige Vortheile zum Nachtheile des Eigenthümers eingeräumt, welche nur dadurch in manchen Fällen eine Beschränkung leiden, daß jene Früchte, welche nach dem §. 296 als Zugehör einer unbeweglichen Sache angesehen werden, bey derselben bleiben und mit ihr herausgegeben werden müssen.

In Rücksicht der Nutzungen heißt es im §. 330: »Ihm (dem redlichen Besitzer) gehören auch alle andern schon eingehobene Nutzungen, in so fern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind.«

Die Nutzungen müssen während des ruhigen, d. h. durch eine Klage nicht unterbrochenen, Besitzes eingehoben und fällig gewesen seyn. Sonst wird der Ausdruck: ruhiger Besitz, im Gegensatze des gestörten, genommen; allein hier kann er diesen Sinn nicht haben, weil die Störung als eine unerlaubte Handlung wohl factisch den Besitz unterbrechen, aber die Befugnisse des redlichen Besitzers nicht beschränken kann; die Anstellung einer Klage macht aber den Besitzer von der Zeit, als sie ihm zugestellt wurde, in Rücksicht der Nutzungen zum unredlichen Besitzer (§. 338), und verpflichtet ihn zur Herausgabe derselben.

Die Nutzungen sind eingehoben, wenn sie von dem Besitzer empfangen, oder in seinen Besitz gebracht sind; sie sind fällig, wenn die durch das Gesetz oder den Vertrag bestimmte Zeit, sie zu erheben, schon vorhanden war; hierbey macht es keinen Unterschied, ob sie für diese Zeit vorhinein oder nachträglich zu entrichten waren. Hätte aber der Besitzer Nutzungen erhoben, bevor sie noch fällig waren, oder die schon fälligen nicht bezogen; so müßte er in jenem Falle die erhobenen herausgeben, und in diesem die Erhebung dem Eigenthümer überlassen, ohne auf eine Theilung nach Maß der Dauer seines Besitzes Anspruch machen zu können, weil sich seine Befugnisse bloß auf den redlichen Besitz gründen, folglich wegfallen, wenn dieser aufgehört hat.

Die Rechte des redlichen Besitzers auf die Nutzungen können sich indessen nicht weiter erstrecken, als die gleichen Rechte des Eigenthümers selbst; gleichwie also dieser allen zur Erzielung der Nutzungen nothwendigen Aufwand bestreiten, und alle mit dem Genusse der Sache verbundenen ordentlichen und außerordentlichen Lasten tragen muß, so wird auch der redliche Besitzer dazu verbunden seyn. Wären zur Zeit der Zurückstellung der Sache dergleichen Leistungen noch rückständig; so müßte der Besitzer dafür haften, da sie als eine Schuld anzusehen sind, welche durch den Bezug der Vortheile der Sache contrahirt wurde.

Bey den Zinsen der auf der Sache haftenden Schulden scheint es darauf anzukommen, ob sie Lasten sind, welche jeder Besitzer der Sache zu entrichten hat, z. B. Zinsen zur Bezahlung von Stiftungen, jährlichem Unterhalte u. d. gl., oder solche Zinsen, welche bisher nur als persönliche Schuld gefordert wurden. Die Entrichtung jener wird auch dem redlichen Besitzer obliegen, da er im Allgemeinen dem Eigenthümer gleich gehalten wird, folglich alle Lasten tragen muß, welche mit dem Besitze verbunden sind. Die Verpflichtung aber, welche persönlichen Rechten entspricht, ist nicht mit dem Besitze selbst verbunden, und die Anordnung des §. 512, welcher den Fruchtnießer zur Bezahlung der Zinsen der auf der Sache eingetragenen Capitalien verbindet, leidet als eine singuläre Verfügung keine analoge Anwendung (s. den 1. Bd. dieses Werkes, §. 32 S. 80.) Macht aber der Tabular-Gläubiger sein Recht auf die Sache selbst geltend, oder hat der Besitzer die Sache schon mit der Verbindlichkeit übernommen, die Zinsen der auf derselben haftenden Capitalien zu entrichten; so versteht sich von selbst, daß auch der redliche Besitzer, wenn er die in seinem Besitze befindliche Sache nicht veräußern lassen will, die Zinsen bezahlen muß.

§. 49.

c) Rücksichtlich des Aufwandes.

(§§. 331 und 332 des b. G. B.)

Das Gesetz unterscheidet den nothwendigen, nützlichen und den Aufwand zum blossen Vergnügen. Nothwendig heißt der Aufwand, welcher zur Erhaltung der Sache gemacht wird; nützlich derjenige, welcher zur Vermehrung der Nutzungen, und ein zum Vergnügen gemachter Aufwand derjenige, welcher gemacht wurde, um die Sache zu verschönern, oder bequemer und angenehmer zu genießen.

In Beziehung auf den nothwendigen und nützlichen Aufwand verfügt der §. 331: »Hat der redliche Besitzer an die Sache entweder zur fortwährenden Erhaltung der Substanz einen nothwendigen, oder zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen einen nützlichen Aufwand gemacht; so gebührt

ihm der Ersatz nach dem gegenwärtigen Werthe, in so fern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt.«

Ein Ersatz gebührt also 1. nur in so fern, als die Wirkung des nothwendigen oder nützlichen Aufwandes noch fortdauert, d. h. zur Zeit der Herausgabe der Sache noch vorhanden ist; denn wenn die Sache während der Dauer des redlichen Besitzes ungeachtet des gemachten Aufwandes zu Grunde gegangen; oder der gehoffte Nutzen gar nicht erzielt worden ist, oder ganz oder zum Theile wieder aufgehört hat; so muß der Besitzer die Folgen dieser ungünstigen Veränderungen tragen, da er während des redlichen Besitzes einem Eigenthümer gleich gehalten wird, und der Zufall folglich so zu betrachten ist, als ob er sich in seiner eigenen Sache ereignet hätte (§. 1311).

2. Gebührt der Ersatz nur nach dem gegenwärtigen Werthe, in so fern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt. Er hat also nur den Zweck, den Besitzer in so fern zu entschädigen, als sich der Eigenthümer sonst mit dem Schaden desselben bereichern würde. Es muß somit der Werth der Sache, wie er vor dem gemachten Aufwande war, und wie er zur Zeit der Zurückgabe ist, verglichen werden; zeigt sich ein Ueberschuß in dem letzten, so hat eine Vergütung in so weit Statt, als sie den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt. Denn das Uebermaß des vorhandenen Werthes ist eine Folge der Beschaffenheit der Sache selbst, oder günstiger äußerer Umstände, kommt also nur dem zu Guten, welcher die Sache selbst hat. Wenn z. B. auf die Verbesserung der Felder oder die Erweiterung der Gebäude 2000 fl. verwendet wurden, die Sache aber nun um 3000 fl. mehr werth ist, als vormahls, so werden doch nur 2000 fl. ersetzt. Ist der Aufwand aus den Erträgnissen der Sache selbst bestritten worden, so bereichert sich der Eigenthümer nicht mit fremdem Schaden, ist also auch zu keinem Ersatze verbunden. Dieß dürfte in so weit keinem Zweifel unterliegen, als die Verwendung nach dem gewöhnlichen Wirthschaftsbetriebe geschah, denn es ist von dem redlichen Besitzer, wie von dem Fruchtnießer (§. 513), vorauszusetzen, daß er die Sache als ein guter Haushälter erhalte, und aus dem Ertrage die Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen besorge. Hätte er aber auch mehr gethan, als nach den

Regeln der guten Haushaltung von ihm gefordert werden könnte, und schon abgesonderte Früchte, welche er zu seinem Vortheile hätte veräußern können, in die Sache selbst, z. B. Materialien, die sonst verkauft zu werden pflegten, zur Erweiterung der Gebäude verwendet; so scheint er doch einen Ersatz nicht ansprechen zu können, weil es mit der Absicht des Gesetzes nicht vereinbar wäre, daß der Eigenthümer den Werth selbst der aus seiner Sache entstandenen Früchte ersetzen müsse.

Bey dem Ersatze des Aufwandes sind die bezogenen Nutzungen nicht abzuschlagen, denn das Gesetz räumt beyde Befugnisse abgesondert ein, und es ließe sich auch nicht rechtfertigen, daß derjenige, welcher die Sache zu erhalten und zu verbessern bemüht war, sich die bezogenen Nutzungen sollte in Abzug bringen lassen, da hingegen derjenige, welcher auf die Sache nichts verwendet hat, dieselben unvermindert zu genießen hätte.

»Von dem Aufwande, welcher nur zum Vergnügen und zur Verschönerung gemacht worden ist, wird nur so viel ersetzt, als die Sache dem gemeinen Werthe nach wirklich dadurch gewonnen hat; doch hat der vorige Besitzer die Wahl, Alles für sich wegzunehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann.«

Der Werth der Sache kann durch Verschönerung oder einen blossen Aufwand zum Vergnügen, z. B. die Anlegung eines Ziergartens, Verschönerung der Außenseite eines Gebäudes ꝛc. erhöht werden, ohne daß dadurch der Nutzen der Sache vermehrt wird. Der Eigenthümer hat dann den Ersatz wie bey dem nothwendigen und nützlichen Aufwande zu leisten, damit er sich nicht mit fremdem Schaden bereichere. Was ohne Schaden der Substanz getrennt werden kann, kann der Besitzer für sich wegnehmen, weil es nicht ein Theil der fremden Sache geworden ist; was aber nicht getrennt werden kann, muß mit der Sache vereiniget bleiben, und der Besitzer ist nicht berechtiget das, was zur Verzierung oder Verschönerung geschehen ist und nicht weggenommen werden kann, zu zerstören, z. B. die Mahlerey zu übertünchen; denn er muß die Sache in dem

Zustande zurückstellen, in welchem sie sich zur Zeit des unterbrochenen redlichen Besitzes befindet.

§. 50.

d) Rücksichtlich des für die Sache ausgelegten Preises.

(§. 333 des b. G. B.)

»Selbst der redliche Besitzer kann den Preis, welchen er seinem Vormanne für die ihm überlassene Sache gegeben hat, nicht fordern.« Denn der Eigenthümer ist als solcher seine Sache von jedermann, und zwar ohne Leistung eines Entgeltes, zurück zu fordern berechtiget. Der unredliche Besitzer kann um so weniger auf einen solchen Ersatz Anspruch machen, da er wußte, daß er kein Recht habe, die Sache an sich zu bringen, und es scheint hier nicht darauf anzukommen, ob er gleich anfangs unredlich war, oder es erst in der Folge geworden ist, da das Gesetz keinen Unterschied macht, und auch derjenige, welcher den Besitz fortsetzt, ungeachtet er die Sache als eine fremde erkannt hat, sich in jeder Hinsicht in das Verhältniß eines unredlichen Besitzers setzt.

»Wer aber eine fremde Sache, die der Eigenthümer sonst schwerlich wieder erlangt haben würde, redlicher Weise an sich gelöset, und dadurch dem Eigenthümer einen erweislichen Nutzen verschafft hat, kann eine angemessene Vergütung fordern.«

Unter den vorausgesetzten Umständen ist der ausgelegte Preis als ein nothwendiger oder nützlicher Aufwand anzusehen, daher billig, daß der Eigenthümer dafür einen Ersatz leiste. Jedoch erstreckt sich derselbe nicht immer auf die ganze Auslage, weil der Eigenthümer sonst seine Sache erst kaufen müßte; sondern es ist nur eine angemessene Vergütung zu leisten, welche nach dem Verhältnisse der Auslage und des dem Eigenthümer verschafften Nutzens zu bestimmen ist, jedoch der gemachten Auslage allenfalls gleich seyn kann, wenn, wie es sich unter den vorausgesetzten Umständen zuweilen ereignet, die Sache von dem redlichen Besitzer um einen sehr geringen Preis erworben wurde.

§. 51.

Ein Retentionsrecht gebührt weder dem redlichen Inhaber, noch dem redlichen Besitzer.

(§. 334 des b. G. B.)

Unter die eigenen, dem Inhaber, und um so mehr dem Besitzer einer fremden Sache zustehenden Rechte gehörte nach dem Römischen Rechte und selbst nach dem Galizischen Gesetzbuche (2. Thl. §. 250) das Retentionsrecht, d. i. das Recht eine fremde Sache, in Ansehung welcher man Ansprüche gegen den Eigenthümer derselben hat, so lange zurück zu behalten, bis der Eigenthümer den Inhaber wegen dieser Ansprüche befriediget hat.

Im §. 334 heißt es: »Ob einem redlichen Inhaber das Recht zustehe, seiner Forderung wegen die Sache zurück zu behalten, wird in dem Hauptstücke vom Pfandrechte bestimmt.« In dem Hauptstücke vom Pfandrechte lautet aber der §. 471: »Weder der Pfandnehmer noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache ist nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechtes befugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurück zu behalten;« folglich gibt es nach unserm Gesetzbuche kein Retentionsrecht. Doch kommen Stellen vor, wo die Herausgabe der fremden Sache dadurch bedingt ist, daß der Eigenthümer vorher das leiste, was ihm rücksichtlich dieser Sache dem Inhaber zu leisten obliegt. Solche Verfügungen enthalten der §. 392 rücksichtlich einer gefundenen, und der §. 980 rücksichtlich einer geliehenen Sache [1].

---

[1] Die in den §§. 1052, 1153 und 1321 enthaltenen Befugnisse können nicht als Fälle des Retentionsrechtes angesehen werden, denn das Retentionsrecht setzt eine fremde Sache voraus, der §. 1052 gestattet aber nur seine eigene Sache so lange zu behalten, bis der andere Paciscent seine Verbindlichkeit erfüllt hat, oder sie zu erfüllen bereit ist. Nach dem §. 1153 kann der Besteller einer Arbeit einen Theil des bedungenen Lohnes, aber nicht eine fremde Sache, zurück behalten, wenn das gelieferte Werk mangelhaft ist. Durch die im §. 1321 gegründete Privatpfändung des fremden Viehes erlangt man aber ein wirkliches Pfandrecht, und übt nicht bloß ein Retentionsrecht aus.

Der im obigen Paragraphe vorkommende Ausdruck: redlicher Inhaber, muß hier gleichbedeutend mit rechtlich genommen werden, und bezeichnet einen Inhaber, welcher einen gültigen Grund hat, die fremde Sache inne zu haben, wie z. B. der Verwahrer, Bestandnehmer ꝛc.; denn redlich in der eigentlichen Bedeutung kann nur der Besitzer, nicht der Inhaber seyn (oben §. 32). Indessen ist nach der Stellung des §. 334, da er unmittelbar auf diejenigen folgt, welche die Rechte des redlichen Besitzers behandeln, nicht zu zweifeln, daß hier unter dem Inhaber auch der Besitzer verstanden werde, und dieß zwar um so mehr, da es im §. 471 heißt: »noch irgend ein Inhaber,« der Besitzer aber, hinsichtlich dessen die Frage entsteht, ob er die fremde Sache zurück behalten könne, immer auch Inhaber derselben ist.

§. 52.

Verbindlichkeiten des unredlichen Besitzers.

(§. 335 des b. G. B.)

Der unredliche Besitzer hat als solcher keine Rechte, sondern nur Verbindlichkeiten, welche der §. 335 folgender Maßen bestimmt: »Der unredliche Besitzer ist verbunden, nicht nur alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangte Vortheile zurück zu stellen; sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte erlangt haben würde, und allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen.«

Er muß allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden ersetzen, denn er macht sich durch den unredlichen Besitz selbst einer fortwährenden Verletzung des Eigenthümers schuldig, indem er den Besitz der fremden Sache aus böser Absicht, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit erlangt hat oder fortsetzt, daher ein Verschulden begeht (§. 1294), welches immer die Verbindlichkeit zum Ersatze nach sich zieht (§. 1295).

Hieraus folgt auch, daß er für den Zufall haften muß, welcher die Sache in seinem Besitze getroffen hat, aber sie bey dem Eigenthümer nicht getroffen haben würde, denn auch dieß ist ein Schade, welcher durch seinen Besitz entstanden ist, und der §. 338 bestätiget dieß ausdrücklich, indem nur für den dort

enthaltenen Fall des unredlichen Besitzes eine Ausnahme gemacht wird.

Die Verpflichtungen des unredlichen Besitzers sind also theils aus dem Rechte des Eigenthümers, theils aus seinem Verschulden, jene des redlichen Besitzers aber bloß aus dem Rechte des Eigenthümers herzuleiten. Der Eigenthümer hat daher gegen den redlichen Besitzer nur so lange eine wirksame Klage, als sich dieser noch im Besitze befindet, und es kann vom ihm nur die Herausgabe der Sache verlangt werden. Gegen den unredlichen Besitzer hat aber der Eigenthümer sowohl die dingliche Klage auf Herausgabe der Sache, als auch die persönliche aus dem Verschulden. Die letzte ist nicht durch den noch fortdauernden Besitz bedingt, sondern sie kann, wie jede andere Entschädigungsklage, gegen den unredlichen Besitzer und die Erben desselben so lange angestellt werden, bis sie verjährt ist.

Der unredliche Besitzer hat alle Vortheile zu ersetzen, welche der Verkürzte erlangt haben würde, folglich auch diejenigen, welche dieser nach seinen besondern Verhältnissen, z. B. als Künstler oder Fabrikant, bezogen haben würde, der unredliche Besitzer muß demnach immer den Werth des besonderen Interesse leisten (oben §. 15); aber »in dem Falle, daß der unredliche Besitzer durch eine in den Strafgesetzen verbothene Handlung zum Besitze gelanget ist, erstrecket sich der Ersatz bis zum Werthe der besondern Vorliebe.«

§. 53.

Recht des unredlichen Besitzers in Beziehung auf den gemachten Aufwand.

(§. 336 des b. G. B.)

Ungeachtet der unredliche Besitzer durch seinen Besitz kein Recht erlangt, sondern sich nur Verbindlichkeiten zuzieht; so verliert er dadurch doch nicht die Ansprüche, welche aus einem zum Nutzen der Sache gemachten Aufwande entstehen, indem auch hier der Grundsatz entscheidet, daß sich der Eigenthümer nicht mit fremdem Schaden bereichern soll. Der §. 336 verfügt hierüber: »Hat der unredliche Besitzer einen Aufwand auf die

Sache gemacht, so ist dasjenige anzuwenden, was in Rücksicht des von einem Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Aufwandes in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung verordnet ist.«

Bey der Geschäftsführung ohne Auftrag unterscheiden die §§. 1036 — 1040 drey Fälle, nähmlich a) wenn jemand fremde Geschäfte im Nothfalle, oder b) zum Nutzen des Andern, oder c) gegen den Willen des Eigenthümers unternimmt. Der erste und dritte Fall können auf den unredlichen Besitzer nicht bezogen werden, und zwar nicht der erste (§. 1036), denn der unredliche Besitzer übernimmt die fremde Sache nicht zur Abwendung eines dem Eigenthümer bevorstehenden Schadens, sondern seines eigenen Vortheils wegen; nicht der dritte (§. 1040), denn im Falle dieses Paragraphs verliert der Geschäftsführer den gemachten Aufwand, der §. 336 setzt aber voraus, daß ihm derselbe wenigstens zuweilen vergütet werden müsse. Auf den unredlichen Besitzer können also nur die §§. 1037 und 1038 in so fern angewendet werden, als vorausgesetzt wird, daß der unredliche Besitzer auf die fremde Sache einen Aufwand gemacht hat, welcher dem Eigenthümer zu Guten kommt, welchen folglich dieser in so weit zu ersetzen hat, als ihm hieraus ein klarer, überwiegender Vortheil erwächst (§. 1037), er ist aber zu keinem Ersatze verbunden, wenn der überwiegende Vertheil nicht klar, oder der Besitzer eigenmächtig so wichtige Veränderungen in der fremden Sache vorgenommen hat, daß die Sache dem Andern zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benützte, unbrauchbar wird (§. 1038).

Da das Ersatzrecht des unredlichen Besitzers ebenfalls bloß die Schadloshaltung desselben zum Zwecke hat, so kann es sich, wie das des redlichen Besitzers (§. 331), nie weiter erstrecken, als der wirklich noch vorhandene Werth der Sache im Vergleiche mit dem früheren einen wahren Vortheil ausweist, und dieser den gemachten Aufwand nicht übersteigt. Aber auch dem unredlichen Besitzer wird es freystehen, Alles für sich wegzunehmen, was ohne Nachtheil der Substanz von derselben getrennt werden kann, denn die Unredlichkeit ist kein Grund, ihn seines wirklichen Eigenthums zu berauben.

§. 54.

Rechtsverhältniß des Besitzers, wenn er aufhört ein redlicher zu seyn.

(§. 338 des b. G. B.)

Einem redlichen Besitzer stehen die (§§. 47—50) angeführten Befugnisse nur so lange zu, als er wirklich redlicher Besitzer ist; sobald er ein solcher zu seyn aufhört, wird er in jeder Rücksicht, oder doch wenigstens in Hinsicht der Nutzungen und des Aufwandes als ein unredlicher Besitzer behandelt. Redlicher Besitzer kann er aber überhaupt zu seyn aufhören, wenn er später die Wissenschaft erlangt oder vermuthen muß, daß die Sache eine fremde sey, insbesondere aber auch dann, wenn gegen ihn eine Klage angestellt wird. In dem letzten Falle entstehen eigene Wirkungen, welche der §. 338 auf folgende Art bestimmt: »Auch der redliche Besitzer, wenn er durch richterlichen Ausspruch zur Zurückstellung der Sache verurtheilet wird, ist in Rücksicht des Ersatzes der Nutzungen und des Schadens, wie auch in Rücksicht des Aufwandes, von dem Zeitpuncte der ihm zugestellten Klage, gleich einem unredlichen Besitzer zu behandeln; doch haftet er für den Zufall, der die Sache bey dem Eigenthümer nicht getroffen hätte, nur in dem Falle, daß er die Zurückgabe durch einen muthwilligen Rechtsstreit verzögert hat.«

Es wird also vorausgesetzt, daß die Klage gegen den redlichen Besitzer gehörig angestellt, fortgesetzt, und dieser in Folge derselben zur Zurückstellung der Sache verurtheilt werde. Wäre dieß nicht, so könnte sie auch keine rechtliche Wirkung hervorbringen, und der redliche Besitz würde dadurch nicht unterbrochen (§. 1497). Hat aber die Klage alle erwähnten Erfordernisse, so macht sie den Besitz von dem Zeitpuncte der Zustellung an zu einem unredlichen, weil der Besitzer von dieser Zeit an die Ansprüche seines Gegners und die Gründe derselben kennen lernen konnte, folglich voraussetzen mußte, daß ihm die Sache evincirt werden könne. Er muß sich also von dieser Zeit an bloß als einen Verwalter der in seinem Besitze befindlichen Sache ansehen, die Nutzungen und den Schaden wie ein unredlicher Besitzer ersetzen,

und kann von seiner Seite den Ersatz des Aufwandes nur in so fern ansprechen, als auch ein unredlicher Besitzer dazu berechtiget ist. Doch kann ihm der Regel nach nicht zugemuthet werden, daß er die Sache auf das Begehren des Klägers sogleich herausgebe; daher macht ihn das Gesetz für den Zufall, der die Sache bey dem Eigenthümer nicht getroffen hätte, nur dann verantwortlich, wenn er die Zurückgabe durch einen muthwilligen Rechtsstreit verzögert hat. Ob aber von seiner Seite eine muthwillige Verzögerung eingetreten sey oder nicht, kann entweder aus dem Umstande entnommen werden, daß er in die Gerichtskosten verurtheilt wurde (§. 398 der Jos. G. O.), oder es kann dieser Umstand auch der Gegenstand des richterlichen Erkenntnisses seyn, wenn der Kläger sein Begehren darnach gestellt hat, wozu er, da dieser Gegenstand mit der Hauptsache im Zusammenhange steht, allerdings befugt ist (Ger. Ordn. §. 4).

§. 55.

Rechte des echten gegen den unechten Besitzer.

(§§. 346 und 347 des b. G. B.)

»Gegen jeden unechten Besitzer kann sowohl die Zurücksetzung in die vorige Lage, als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden.«

Die Art, wie der unechte Besitzer zu dem Besitze gelangt, enthält schon eine Verletzung dessen, den er auf diese Weise aus dem Besitze gesetzt hat, der Verletzte kann also das Aufhören der ihm zugefügten Beleidigung, d. i. die Zurücksetzung in die vorige Lage, und für den erlittenen Nachtheil Ersatz verlangen.

»Beydes muß das Gericht nach rechtlicher Verhandlung, selbst ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht, welches der Geklagte auf die Sache haben könnte, verordnen.« (§. 346). Die rechtliche Verhandlung, welche auf die Klage des echten Besitzers einzuleiten ist, unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Verfahren darin, daß die Einwendungen, welche der Geklagte aus einem stärkeren Rechte zum Besitze oder dem Eigenthume selbst ableiten könnte, nicht berücksichtiget werden, und nur der Umstand auszumitteln ist, ob sich der Geklagte wirklich

im unechten Besitze befinde. Dadurch entsteht ein eigenes Verfahren, welches das summarische genannt werden kann.

»Zeigt es sich nicht gleich auf der Stelle, wer sich in einem echten Besitze befinde, und in wie fern der eine oder der andere Theil auf gerichtliche Unterstützung Anspruch habe; so wird die im Streite verfangene Sache so lange der Gewahrsame des Gerichtes oder eines Dritten anvertraut, bis der Streit über den Besitz verhandelt und entschieden worden ist.«

In dem §. 346 wird vorausgesetzt, daß der Kläger solche Beweise beybringe, welche es auf der Stelle außer Zweifel setzen, daß sich der Geklagte auf eine unechte Art in den Besitz gesetzt hat; allein dieser Fall tritt nicht immer ein, die Herstellung des Beweises ist oft mit Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten verbunden, und nicht selten wird der Kläger selbst des unechten Besitzes beschuldiget. In einem solchen Falle ist dafür zu sorgen, die Sache, so viel möglich, in dem Zustande zu erhalten, in welchem sie sich befindet, und derjenige, welcher sein Recht auf die Sache darthut, ist in den Besitz derselben zu setzen. Die Sache wird also, wenn es nach der Beschaffenheit derselben thunlich ist, in gerichtliche Verwahrung genommen, oder sie wird, wenn dieß nicht angeht, einem Dritten anvertraut, d. i. die Sequestration derselben nach den Vorschriften der Gerichtsordnung bewilligt. Die gerichtliche Verhandlung kann sich nur darauf beziehen, wer echter Besitzer war, und der Besitz wird dem überlassen, welcher dargethan hat, daß er sich zuletzt im echten Besitze befunden hat.

»Der Sachfällige kann auch nach dieser Entscheidung die Klage aus einem vermeintlich stärkeren Rechte auf die Sache noch anhängig machen.« Das stärkere Recht, auf welches sich der Sachfällige beruft, kann ein stärkeres Besitzrecht oder das Eigenthum seyn, er kann also die Klage aus dem rechtlich vermutheten oder dem wahren Eigenthume anstellen (§. 366 und 372).

§. 56.

Von den Besitzklagen.

Durch eine jede Klage verfolgt man entweder bloß den Besitz, oder das Recht selbst; im ersten Falle heißt sie eine possessorische, im zweyten eine petitorische.

Sucht man erst den Besitz einer Sache zu erlangen, so muß man den Titel hierzu ausweisen, und der Kläger streitet eigentlich nicht bloß um den Besitz, sondern um das Recht selbst, z. B. wenn man aus einem Vermächtnisse, oder einem Vertrage auf die Uebergabe der Sache klagt. Eine solche Klage ist also keine Besitzklage, denn possessorische oder Besitzklagen sind nur jene, welche sich auf den Besitz des Klägers gründen, und den Schutz oder die Wiederherstellung des Besitzes zum Gegenstande haben [1]. Sie setzen voraus, daß der Kläger noch wirklich im Besitze ist, oder wenigstens in demselben war, folglich das Besitzrecht bereits erworben hatte.

Die Besitzklagen sind entweder ganz so, wie andere Streitsachen zu verhandeln, oder es haben bey denselben einige Ausnahmen von dem gewöhnlichen Verfahren Statt, man kann sie daher in ordentliche und außerordentliche oder summarische eintheilen.

Die summarischen haben das Eigene, daß bey denselben ein schleuniges, so schnell als möglich zum Ziele führendes Verfahren angewendet werden muß. Es werden daher kurze Fristen zur Verhandlung zu bestimmen, und, nach der Analogie der Fälle, wo Gefahr auf dem Verzuge ist, z. B. bey Verboths- und Arrestgesuchen, wird bey denselben mündlich zu verhandeln seyn. Zu einem schleunigen Verfahren weist der §. 340 den Richter ausdrücklich an, und der §. 346 gibt dadurch, daß bey der Verhandlung des Streites über den echten Besitz alle von einem stärkeren Rechte hergenommenen Einwendungen beseitiget werden sollen, hinlänglich zu erkennen, daß es hier wesentlich auf ein schnelles Verfahren ankommt. Genauere Bestimmungen hierüber enthalten

---

[1] Vergleiche Savigny, das Recht des Besitzes, §. 35. 5te Auflage. Gießen 1827.

das für Galizien erlassene Hofdecret vom 5. December 1812 und die in Folge der a. h. Entschließungen vom 22. Junius 1825 und 2. März 1830 erlassenen Anordnungen für das Lombardisch-Venetianische Königreich und für Dalmatien [1], welche, in so weit sie allgemeine, aus der Natur des Besitzes und den Bestimmungen des Gesetzbuches hergeleitete Grundsätze enthalten, auch in anderen Provinzen anzuwenden sind [2].

Die bezogenen Verordnungen schärfen zuvörderst den Grundsatz ein, daß die Streitigkeiten über die Störung des Besitzes ausschließend in den Wirkungskreis der Gerichtsstellen gehören, dadurch sind die Verordnungen vom 3. März 1797 und 14. Februar 1811 [3] bestätiget worden, laut welcher die Kreisämter nur in jenen Fällen einzuschreiten haben, wo Handlungen vorkommen, welche

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 30 und 35, und Wagner's Zeitschrift vom Jahre 1831, 1. Heft. Notizenblatt S. 30.

[2] Dieß kann in Ansehung des Hofdecrets vom 5. December 1812, welches in die ämtliche Gesetzsammlung aufgenommen worden ist, nach der Anordnung des Hofdecrets vom 29. December 1785 (s. den 1. Bd. dieses Werkes S. 15) nicht bezweifelt werden, denn was in der 10ten Anmerkung zu meiner Abhandlung vom Besitze von der Redaction der Materialien (S. 197) behauptet wird, daß sich das erwähnte Hofdecret nur auf die Gerichtsordnung beziehe, widerspricht nicht nur dem ausdrücklichen Inhalte desselben, sondern wird auch durch mehrere neuere Anordnungen, z. B. die Hofdecrete vom 3. October 1818, Nr. 1506, und 20. November 1818, Nr. 1519, widerlegt. Die für das Lombardisch-Venetianische Königreich und für Dalmatien erlassenen Verordnungen sind zwar nicht in die ämtliche Justiz-Gesetzsammlung aufgenommen, aber sie weisen wenigstens auf die Grundsätze hin, welche die Gesetzgebung in Beziehung auf die Anwendung und Ausführung der im Gesetzbuche enthaltenen Anordnungen als die richtigen anerkennt, und es ist wohl nicht zu zweifeln, daß wenn für andere Provinzen specielle Vorschriften über die Behandlung der Besitzstreitigkeiten nothwendig befunden werden sollten, sie der Hauptsache nach gleichlautend mit diesen erlassen werden würden, so wie schon die später für Dalmatien erlassene Anordnung beynahe wörtlich mit jener für das Lombardisch-Venetianische Königreich übereinstimmt.

[3] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 29.

die öffentliche Ruhe verletzen oder bedrohen, und in Verbrechen oder schwere Polizey-Uebertretungen übergehen können.

Das summarische Verfahren in Besitzstreitigkeiten hat nach den angeführten Verordnungen in allen Fällen Statt, wo der Besitz gestört worden ist, das ist, wo durch eine eigenmächtige, unmittelbar gegen den Besitzer unternommene Handlung ihm der Besitz entzogen, vorenthalten, oder die Ausübung desselben gehindert wird. Wo dieß nicht der Fall ist, z. B. wo die eigenmächtig entzogene Sache schon in den echten Besitz eines Andern gelangt ist, muß der vorige Besitzer, um den Besitz wieder zu erlangen, ein stärkeres Recht darthun, worüber dann auf die gewöhnliche Weise verhandelt wird, und die Besitzklage somit eine ordentliche ist.

Fünfter Abschnitt.

Von den Arten, wie der Besitz aufhört.

§. 57.

Wie der eigentliche oder natürliche Besitz verloren geht.

(§§. 349 und 352 des b. G. B.)

Bey den Arten, wie der Besitz aufhört, sind so, wie bey der Erwerbung desselben, körperliche Sachen und unkörperliche oder Rechte, und unter den letzten solche, welche in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, von jenen, welche es nicht sind, zu unterscheiden.

»Der Besitz einer körperlichen Sache geht insgemein verloren, wenn dieselbe ohne Hoffnung, wieder gefunden zu werden, in Verlust geräth; wenn sie freywillig verlassen wird; oder in fremden Besitz kommt.« (§. 349).

Da zum Besitze körperlicher Sachen sowohl die Innehabung als auch der Wille, die Sache als die seinige zu behalten, gehört (oben §. 19); so geht der Besitz verloren, wenn Eines dieser Erfordernisse wegfällt. Also 1. wenn die Sache zu Grunde geht, oder in einen solchen Zustand geräth, daß man sie nicht mehr in seiner Gewahrsame haben, oder damit verfügen kann, z. B. wenn ein Ring in einen unzugänglichen Abgrund fällt, oder ein

Grundstück versinkt. Im Gesetze heißt es: »wenn die Sache ohne Hoffnung, wieder gefunden zu werden, in Verlust geräth,« allein die Hoffnung ist wohl nicht das Entscheidende, denn ist die Gewahrsame unmöglich geworden, so ist der Besitz verloren, der Besitzer mag Hoffnung haben, die Sache wieder zu bekommen, oder nicht; wenn hingegen eine Sache, welche der Besitzer schon für immer für verloren hielt, wieder zum Vorschein käme, z. B. eine in das Wasser gefallene Sache von demselben ausgespült oder von Tauchern herausgebracht würde, so lebte der Besitz wieder auf, da in der Aufgebung der Hoffnung nicht eine Aufgebung des Besitzes lag.

In diesem Sinne ist auch die Anordnung des §. 352 zu nehmen: »So lange noch Hoffnung vorhanden ist, eine verlorne Sache zu erhalten, kann man sich durch den bloßen Willen in ihrem Besitze erhalten.« Das heißt also: so lange es möglich ist, auf die Sache im eigenen Nahmen einzuwirken oder sie inne zu haben, dauert der Besitz fort, wenn gleich die Einwirkung oder Innehabung der Abwesenheit oder anderer physischer Hindernisse wegen, z. B. weil das Grundstück überschwemmt ist, nicht Statt findet. In solchen Fällen kann man sich durch den bloßen Willen im Besitze erhalten, und der Besitz kann eben darum ein Mental- oder Willensbesitz genannt werden. Dieser hat also Statt, wenn ein Anderer für uns die Gewahrsame ausübt, z. B. der redliche Finder, der Verwahrer, Pfandgläubiger ꝛc., oder wenn man bloß physischer Hindernisse wegen mit der Sache nicht verfügen kann, ohne daß uns der Besitz eines Andern daran hinderte.

Der Besitz hört 2. auf, wenn man aufhört den Willen zu haben, ferner über die Sache im eigenen Nahmen zu verfügen, es mag dieß in der Absicht geschehen einem Andern den Besitz einzuräumen, oder ohne diese Absicht. Man kann aber nicht sagen, daß der Wille zu besitzen aufgehört habe, wenn der Besitzer in einen Zustand geräth, in dem er des Wollens unfähig ist; denn das Aufgeben des Willens setzt einen mit Bewußtseyn und Willkür unternommenen Act voraus. Daher heißt es im §. 352: »Die Abwesenheit des Besitzers oder die eintretende Unfä-

higkeit, einen Besitz zu erwerben, heben den bereits erworbenen Besitz nicht auf.« Durch den Verlust des Verstandesgebrauches geht also der Besitz eben so wenig verloren, als im Zustande des Schlafes oder einer Ohnmacht.

Der Besitz geht 3. verloren, wenn die Sache in fremden Besitz kommt, und zwar ohne Unterschied, ob der Besitz des Andern rechtmäßig oder unrechtmäßig, redlich oder unredlich, echt oder unecht ist. Denn jeder Besitzer will nach dem Begriffe des Besitzes auf den Gegenstand desselben im eigenen Nahmen einwirken und Andere davon ausschließen. Das Wollen allein ist aber zum Besitze noch nicht hinreichend, sondern es muß auch die Möglichkeit, dieses Wollen zur Ausführung zu bringen, hinzu kommen; diese ist aber nur bey dem vorhanden, welcher die Sache in seiner Gewahrsame hat, es schließt also nothwendig der Besitz des Einen den Besitz des Andern aus. Daher hört auch der Mental-Besitz in dem Augenblicke auf, als sich ein Anderer den Besitz der Sache, die er in seiner Gewahrsame hat, anmaßt. In dem Falle, wo der Andere auf unechte Art in den Besitz kommt, könnte zwar das Gegentheil Statt zu haben scheinen, weil die Klage des echten gegen den unechten Besitzer nach den Rand-Inschriften zu den §§. 344 und 345 als ein Mittel zur Erhaltung des Besitzes dargestellt wird, allein dieß läßt sich nur in so fern annehmen, als der unechte Besitzer, wenn er ein solcher zu seyn überwiesen wird, die Sache sogleich dem echten Besitzer zurückstellen muß (§. 346), dieser also den Besitz auf die kürzeste Art wieder erlangt, und, wie in der Lehre von der Verjährung gezeigt werden wird, die durch den unechten Besitzer geschehene Unterbrechung des Besitzes in Beziehung auf die Ersitzung als nicht geschehen anzusehen ist. Niemand wird aber läugnen, daß der Besitz aufgehört hat, wenn der Besitzer die ihm gestohlene oder geraubte Sache nie wieder bekommt.

Daß aber der Besitz des Einen durch den Besitz des Andern aufhöre, gilt nur dann, wenn sie Alleinbesitzer zu seyn behaupten, denn daß bey dem Besitze auch eine Gemeinschaft oder ein Mitbesitz Statt finde, ist nicht zu bezweifeln, weil darin nichts Widersprechendes liegt, daß Mehrere auf die nähmliche Sache zugleich, jedoch nur in einem gewissen theilweisen Verhältnisse,

den Besitz ausüben. Auch kann bey denjenigen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, der natürliche und der Tabular-Besitz zugleich verschiedenen Personen zustehen, aber in Ansehung des Besitzes der nähmlichen Art schließt auch hier, wie in dem nachfolgenden Paragraphe vorkommen wird, ein Besitzer den andern aus.

§. 58.

Wie der Tabular-Besitz aufhört.

(§. 350 des b. G. B.)

»Der Besitz derjenigen Rechte und unbeweglichen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, erlischt, wenn sie aus den landtäflichen, Stadt- oder Grundbüchern gelöscht; oder, wenn sie auf den Nahmen eines Andern eingetragen werden.«

Da der Tabular-Besitz nur darin besteht, daß der Besitzer als solcher in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheint (§. 321); so erlischt derselbe, wenn eine solche Eintragung gelöscht, oder das nähmliche Recht auf den Nahmen eines Andern eingetragen wird. Eine eigentliche Löschung findet Statt, wenn die Lasten einer Sache, Hypotheken oder Dienstbarkeiten, aufhören, oder die Sache gänzlich zu Grunde gegangen ist, oder ihre wesentliche Eigenschaft geändert hat, z. B. aus einem selbstständigen Gute ein Zugehör eines andern wurde; eine Umschreibung auf den Nahmen eines andern, wenn die Sache oder ein für sich bestehendes Recht auf einen Andern übertragen wird, z. B. das Hypothekar-Recht. Eine Löschung ist in einem solchen Falle nicht nothwendig, weil eben die Eintragung des neuen Besitzers zeigt, daß der Besitz des vorigen aufgehört hat.

§. 59.

Wie der Besitz der Rechte, welche in die öffentlichen Bücher nicht eingetragen sind.

(§. 351 des b. G. B.)

Der Besitz der Rechte überhaupt, in so fern nähmlich nicht von dem Tabular-Besitze derselben die Frage ist, hört auf 1. durch

den Untergang der Sache, in welcher sie ausgeübt werden (§. 467, 525 u. 1447); 2. durch die Verzichtleistung auf dieselben (§§. 467 u. 1444); 3. durch die Erlangung des Besitzes der Freyheit von Seite des Verpflichteten. Durch den Untergang der Sache und die Verzichtleistung hört gewöhnlich nicht nur der Besitz, sondern das Recht selbst auf, es wird daher hiervon an andern Orten des Gesetzbuches gehandelt. Wie aber der Besitz der Rechte durch die Erlangung des Besitzes der Freyheit von Seite des Verpflichteten verloren gehe, bestimmt der §. 351 mit den Worten: »Bey andern Rechten (welche nicht einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen) hört der Besitz auf, wenn der Gegentheil das, was er sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erkläret; wenn er die Ausübung des Rechtes eines Andern nicht mehr duldet; oder wenn er das Verboth, etwas zu unterlassen [1], nicht mehr achtet, der Besitzer aber in allen diesen Fällen es dabey bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt.«

Es werden also auch hier, wie bey der Erwerbung des Besitzes der Rechte (oben §. 26) bejahende, verneinende und Verbothsrechte unterschieden. Der Verlust erfolgt, wenn der Verpflichtete das, was er bisher leistete, verweigert, der Besitzer es dabey bewenden läßt, und die zur Erhaltung seines Besitzes tauglichen Mittel nicht anwendet. Diese Mittel sind: die Untersagung des Eingriffes verlangen (§§. 339—343); Gewalt mit angemessener Gewalt abtreiben (§. 344); oder auf die Wiedererlangung des Besitzes klagen. Ob aber die summarische oder die ordentliche Besitzklage Statt finde, wird in vielen Fällen zweifelhaft seyn, weil man nicht weiß, wie lange die dem Besitze entgegenstehende Handlung als eine Störung des Besitzes angesehen werden könne. So ist z. B. die eigenmächtige Verschließung des Raumes, wo der Nachbar den Durchgang hatte, eine Störung des Besitzes des Fußsteiges; soll sie aber noch als solche angesehen

---

[1] Sollte heißen: das Verboth, etwas zu unternehmen, oder: das Geboth, etwas zu unterlassen.

werden, wenn sie der Nachbar durch mehrere Monathe oder Jahre geschehen ließ? Die für das Lombardisch-Venetianische Königreich und für Dalmatien erlassenen Verordnungen über die Verhandlung der Besitzstreitigkeiten bestimmen daher (§. 2) sehr zweckmäßig: daß der Gestörte sogleich, oder längstens binnen dreyßig Tagen von der Zeit an, als ihm die Störung bekannt geworden ist, den Beystand des Richters nach den §§. 339, 345, 346, 347 und 851 ansuchen müsse; nach Verlauf dieses Termines aber sich an die possessorische Klage nach dem gewöhnlichen Verfahren zu halten habe.

Ist aber keine Handlung vorgenommen worden, durch welche der bisher Verpflichtete in den Besitz der Freyheit gelangt wäre, so hört der Besitz nicht auf, wenn auch das Recht nicht ausgeübt wurde. Daher schließt der §. 351 mit den Worten: »Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz, außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen, nicht verloren.« Unterläßt man nähmlich die Ausübung so lange, daß eine Verjährung eintritt, so geht dadurch nicht nur der Besitz, sondern das Recht selbst verloren, und es wäre sonach widersprechend, wenn das Gesetz nach dieser Zeit eine Klage auf die Wiederherstellung des Besitzes zuließe.

§. 60.

Verlust des Besitzes durch Stellvertreter.

Der Besitz kann, so wie er durch Andere erworben wird (oben §. 28), auch durch Stellvertreter verloren gehen. Daß dieß dann der Fall ist, wenn der Stellvertreter die Sache oder das Recht auf einen Andern so überträgt, daß dieser nun für sich zu besitzen anfängt; oder wenn sich ein Anderer eigenmächtig in den Besitz setzt; folgt schon daraus, daß immer der Besitz des Einen den Besitz des Andern ausschließt (oben §. 57). Aber das bloße eigenmächtige Aufgeben des Besitzes von Seite des Stellvertreters scheint zur Aufhebung des Besitzes noch nicht hinreichend zu seyn, da ein Stellvertreter bloßer Inhaber ist, und als Machthaber durch eine eigenmächtige, außer den Gränzen der Vollmacht unternommene Handlung die Rechte des Vertretenen nicht beein-

trächtigen kann (§. 1016). Maßt sich ein Stellvertreter den seinem Pflegebefohlenen oder Machtgeber gebührenden Besitz selbst an, so wird er zum Störer, und es haben dann gegen ihn alle gegen Besitzstörer überhaupt zustehenden Rechtsmittel Statt.

§. 61.

In wie fern der Besitz zu den dinglichen Rechten gehöre.

Am Schlusse der Lehre vom Besitze läßt sich nun auch genauer bestimmen, in wie fern das Besitzrecht zu den dinglichen Rechten gehöre. Der Besitz selbst besteht bloß in einem gewissen Verhältnisse der Person zur Sache, vermöge welchem es der Person möglich ist, mit der Sache frey zu verfügen, oder ein Recht im eigenen Nahmen in derselben auszuüben, ohne daß es darauf ankäme, wie man in dieses Verhältniß gelangt ist, ob mit oder ohne Recht. Der Besitz an sich ist also ein factisches Verhältniß, kein Recht (res facti, non juris), und in dieser Beziehung kann gar nicht die Frage entstehen, ob er zu den dinglichen oder persönlichen Rechten gehöre. Allein mit dem Besitze sind Befugnisse verbunden, deren Inbegriff das Besitzrecht ausmacht. Dieses Recht kann von dem Besitzer als ein Recht an der Sache, nicht bloß als ein Recht auf eine Leistung gegen bestimmte Personen, ausgeübt werden; es ist also in dieser Beziehung ein dingliches Recht und von dem Rechte zu besitzen, welches sich nur auf einen besondern Titel gründet, folglich in einem nur gegen gewisse Personen wirksamen Rechte besteht, wohl zu unterscheiden.

Ungeachtet aber das Besitzrecht in der erwähnten Beziehung mit den dinglichen Rechten übereinkommt, so unterscheidet es sich wieder wesentlich von denselben darin, daß die auf die Wiedererlangung des verlornen Besitzes anzustellende Klage nicht gegen jeden Inhaber der Sache, sondern nur gegen jenen Statt hat, welcher entweder unechter Besitzer ist, oder nur ein schwächeres Recht zum Besitze hat. Das Besitzrecht ist also in so fern kein ausschließendes Recht; derjenige, der aus demselben klagt, muß es selbst bey seinem sich im Besitze befindlichen Gegner anerkennen, und es kommt nur darauf an, wer von Beyden ein stärkeres Recht hat. Es gibt zwar auch Fälle, wo die aus andern dinglichen

Rechten entstehenden Klagen nicht gegen jeden Inhaber der Sache angestellt werden können, z. B. die Eigenthumsklage nicht in den Fällen des §. 367, die Pfandklage nicht in jenen des §. 456; allein diese Beschränkungen gründen sich auf die besondere Anordnung des Gesetzes, bey dem Besitzrechte folgt aber aus der Natur dieses Rechtes selbst, daß die daraus entstehende Klage nicht gegen jeden Inhaber der Sache angestellt werden könne.

Auch außer dem hat das Besitzrecht noch manches Eigenthümliche. Die andern dinglichen Rechte setzen einen Titel voraus (§§. 424, 449, 480 und 533), und können der Regel nach nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden (§. 425); das Besitzrecht hingegen kann auch in Sachen, die Andern gehören, durch eine einseitige eigenmächtige Handlung erworben werden, denn wer eine Sache mit dem Willen darüber im eigenen Nahmen zu verfügen, in seine Gewalt bringt, erlangt den Besitz, und aus dem Besitze entspringt das Besitzrecht (oben §. 38). Daß der Titel in der weiteren Bedeutung, nähmlich als Möglichkeitsgrund ein Recht zu erwerben, auch bey dem Besitzrechte vorhanden seyn müsse, ist wohl nicht zu bezweifeln, allein dieser Satz hat keine juridische Bedeutung, und ist bloß eine Anwendung der logischen Formel: ab esse ad posse valet consequentia. Das Eigene des Besitzrechtes äußert sich also dadurch, daß es auch ohne Titel in engerer Bedeutung in den Fällen Statt findet, wo bey andern dinglichen Rechten ein solcher unumgänglich erfordert würde. Es läßt sich auch nicht sagen, daß in solchen Fällen der Titel zum Besitzrechte unmittelbar in dem Gesetze liege, denn wäre dieß, so wäre jeder Besitz ein rechtmäßiger, da aus jedem Besitze das Besitzrecht entspringt. Das Gesetz verbindet zwar gewisse Rechtsfolgen mit dem Besitze, aber es ist nicht überhaupt der Grund, denselben zu erwerben, sonst müßte das Besitzrecht dem Besitze vorausgehen, wie dieß der Fall bey andern Rechten ist, bey welchen sich der Titel auf das Gesetz gründet, z. B. bey der Intestat-Erbfolge, bey dem Pfandrechte des Bestandgebers ꝛc.; bey dem Besitzrechte ist es aber gerade umgekehrt, erst aus dem schon erworbenen Besitze entsteht das Besitzrecht.

Ferner macht das Besitzrecht an und für sich nicht einen Ge-

genstand des rechtlichen Verkehres aus, es wird nicht gekauft, geschenkt, nicht in Bestand gegeben, verpfändet u. dgl.; nur in jenen Fällen, wo man das dingliche Recht, dessen Erwerbung beabsichtiget war, wirklich nicht erworben hat, kommt es auf den Besitz desselben an, da dieser mit eigenen Vortheilen verbunden ist, und die Quelle eines wirklich zu erwerbenden Rechtes werden kann. Insbesondere ist das Besitzrecht kein Gegenstand der Ersitzung, weil es sogleich mit dem Besitze vorhanden ist.

Der Besitz ist also ein Verhältniß, welches die Gesetze als einen provisorischen Rechtszustand in Schutz nehmen, weil er gewöhnlich mit einem wirklichen Rechte verbunden ist, und als Folge desselben ausgeübt wird; dann weil die jemanden wirklich zustehenden Rechte selbst oft aus Mangel eines vollständigen Beweises nicht wirksam gemacht, oder erhalten werden könnten, wenn nicht schon der bloße Besitz geschützt würde. Der Besitzer erfreuet sich daher nur so lange des Schutzes der Gesetze, als ein mit demselben verbundenes Recht vermuthet werden kann, und und unter Mehreren, welche ein Recht zum Besitze haben, siegt derjenige, welcher die meisten Gründe der Wahrscheinlichkeit des ihm wirklich zustehenden Rechtes für sich hat; die Vermuthung muß aber der Wahrheit weichen, es fallen daher alle Vortheile des Besitzes weg, sobald erwiesen wird, daß der Besitzer wirklich kein Recht hat; und er muß ungeachtet aller Gründe der Wahrscheinlichkeit demjenigen weichen, der beweisen kann, daß ihm das Recht wirklich zustehe, welches bisher bey dem Besitzer bloß vermuthet wurde.

Die besondern Vortheile, welche insbesondere mit dem redlichen Besitze verbunden sind, und sich nicht schon aus den angeführten Gründen ergeben, lassen sich aus der Absicht des Gesetzgebers erklären, den Verkehr zu erleichtern und zu sichern, sind daher nach den verschiedenen Gesetzgebungen bald mehr bald weniger ausgedehnt.

Zweytes Hauptstück.

Von dem Eigenthumsrechte.

§. 62.

Begriff des Eigenthums.

(§§. 353 und 354 des b. G. B.)

Das Wort Eigenthum wird zuweilen im objectiven Sinne genommen, und man begreift dann darunter Alles, worüber man zu beliebigen Zwecken verfügen kann, oder wie sich der §. 353 ausdrückt: »Alles, was jemanden zugehöret, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigenthum.« In diesem Sinne kann jedes einzelne Recht, es mag dinglich oder persönlich seyn, als Eigenthum betrachtet werden. Diese Bedeutung ist aber nicht die eigentliche juridische, sondern sie gehört mehr dem gemeinen Sprachgebrauche an.

In rechtlicher Beziehung kommt es vorzüglich auf die Bedeutung des Wortes Eigenthum im subjectiven Sinne an, in welchem es als ein eigenes dingliches Recht gedacht wird, daher die Ausdrücke: Eigenthum und Eigenthumsrecht, gewöhnlich als gleichbedeutend gebraucht werden. In diesem Sinne erklärt es der §. 354 mit folgenden Worten: »Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden Andern davon auszuschließen.«

Unter dem Ausdrucke Sache werden im Allgemeinen auch unkörperliche Sachen oder Rechte verstanden (§§. 285 und 292); allein in dem §. 354 können unter Sachen nur körperliche verstanden werden, denn auf Rechte angewendet ist das Wort Eigenthum im subjectiven Sinne entweder pleonastisch, wie z. B. wenn man von dem Eigenthume des Pfandrechtes, oder einer Dienstbarkeit sprechen wollte; oder es ist unrichtig gebraucht, wenn man z. B. sagt: das Eigenthumsrecht einer Forderung, denn die Forderung als

ein persönliches Recht kann nicht zugleich ein dingliches, folglich nicht Eigenthumsrecht, seyn.

Von den körperlichen Sachen sind sowohl einzelne als Gesammtsachen Gegenstand des Eigenthums, jedoch nur in so fern, als sie bestimmt sind; denn bey Sachen, welche dem Individuo oder ihrem Umfange nach unbestimmt sind, z. B. ein Pferd oder eine Hauseinrichtung überhaupt, kann es kein Eigenthum geben, weil eine willkürliche Verfügung bey denselben nicht denkbar ist.

Von den übrigen dinglichen Rechten, mit Ausnahme des Besitzrechtes, dessen Eigenthümlichkeit bereits erörtert ist, unterscheidet sich das Eigenthum dadurch wesentlich, daß andere dingliche Rechte immer eine fremde Sache voraussetzen, in Ansehung welcher das Pfand-, Servituts- oder Erbrecht ausgeübt werden soll, das Eigenthum hat aber eine Sache zum Gegenstande, auf welche Andere gar kein Recht, oder nur einzelne Befugnisse erlangt haben.

§. 63.

In welchen Sachen und von welchen Personen Eigenthum erworben werden könne.

(§§. 355 und 356 des b. G. B.)

»Alle Sachen sind insgemein Gegenstände des Eigenthumsrechtes, und jedermann, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen, ist befugt, dasselbe durch sich selbst oder durch einen Andern in seinem Nahmen zu erwerben.« (§. 355.)

Die Ausnahmen von der Regel, daß alle Sachen Gegenstände des Eigenthumsrechtes sind, gründen sich theils auf die Natur des zu erwerbenden Gegenstandes, theils auf besondere politische Anordnungen. Ihrer Natur nach sind kein Gegenstand des Eigenthums alle Sachen, bey welchen ein ausschließender Gebrauch gar nicht möglich ist, z. B. Licht und Luft. Durch die politischen Gesetze sind mehrere Sachen von der Erwerbung des Eigenthums ausgenommen, und zwar entweder überhaupt, wie z. B. ärarische Fassungsgegenstände, oder in Bezug auf gewisse Personen, z. B. liegende Güter in Beziehung auf die Juden oder

Türkischen Unterthanen [1]. Hierher gehören auch die Beschränkungen, welche zur Erwerbung landtäflicher und städtischer Realitäten, dann der Bauergüter gewisse Eigenschaften vorschreiben [2].

Aus der Regel des §. 355 ergibt sich die Anordnung des §. 356: »Wer also behauptet, daß der Person, die etwas erwerben will, in Rücksicht ihrer persönlichen Fähigkeit, oder in Rücksicht auf die Sache, die erworben werden soll, ein gesetzliches Hinderniß entgegen stehe, dem liegt der Beweis ob.«

Der Beweis muß nähmlich dann geführt werden, wann über die Eigenschaft der Sache, durch welche sie zur Erwerbung untauglich seyn soll, oder über die Eigenschaft der Person, aus welcher die Unfähigkeit derselben, die Sache zu erwerben, hergeleitet wird, ein Zweifel entsteht. Das Verboth oder die Beschränkung selbst bedarf, in so weit sie sich auf gesetzliche Anordnungen gründen, keines Beweises, da jeder die gehörig kundgemachten Gesetze zu kennen schuldig ist.

§. 64.

Eintheilungen des Eigenthums: 1. in vollständiges und unvollständiges.

(§. 357 des b. G. B.)

Die in dem Eigenthumsrechte enthaltenen Befugnisse lassen sich auf zwey Hauptgattungen zurückführen: Rechte auf die Substanz und Rechte auf die Nutzungen. »Wenn das Recht auf die Substanz einer Sache mit dem Rechte auf die Nutzungen in Einer und derselben Person vereinigt ist, so ist das Eigenthumsrecht vollständig und ungetheilt.«

Sind aber diese Rechte nicht in Einer Person vereinigt, so kann eine Trennung auf doppelte Art Statt haben. Entweder steht einer Person das ausschließende Recht auf die Substanz, und der andern das Recht auf die Nutzungen zu; oder,

---

[1] S. die Verordnungen in meinem Handbuche 2. Bd. S. 41—52.
[2] Eben daselbst S. 53—80.

eine Person hat bloß ein Recht auf die Substanz, die andere aber nebst einem Rechte auf die Substanz das Recht auf die Nutzungen. Im ersten Falle ist das Eigenthum vollständig, jedoch beschränkt. Derjenige, der bloß ein Recht auf die Nutzungen hat, heißt Fruchtnießer (usufructuarius), und übt ein Recht in einer fremden Sache aus; jener aber, welcher das Recht auf die Substanz hat, ist der wahre Eigenthümer, denn nur das Recht auf die Substanz ist mit dem Begriffe des Eigenthums wesentlich verbunden. Im Gegensatze des Fruchtnießers kann man einen solchen Eigenthümer nach der Terminologie des Römischen Rechtes auch Proprietär, und sein Recht Proprietät nennen.

»Kommt aber Einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache, dem Andern dagegen nebst einem Rechte auf die Substanz, das ausschließende Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigenthumsrecht getheilt und für Beyde unvollständig. Jener wird Obereigenthümer, dieser Nutzungseigenthümer genannt.«

Das Recht, welches der Nutzungseigenthümer (dominus utilis) mit dem Obereigenthümer (dominus directus) zugleich auf die Substanz hat, zeigt sich nach Verschiedenheit der Verhältnisse auf mancherley Art wirksam. Der Nutzungseigenthümer kann die Sache veräußern (§. 1140); er hat ein Recht auf einen Theil des in seinem Nutzeigenthume gefundenen Schatzes, und kann auch die Substanz verringern, wenn die Benutzung sonst nicht Statt fände (§. 1143); muß aber auch alle auf der Sache haftenden Lasten tragen (§. 1144). Bey den Familien-Fideicommissen kann der Nutzungseigenthümer ein Drittheil derselben verschulden (§. 635), und erlangt das Obereigenthum, wenn Niemand mehr vorhanden ist, welcher auf dasselbe Anspruch machen könnte (§. 645); so wie auch der Obereigenthümer zum vollständigen wird, wenn der Nutzungseigenthümer keinen rechtmäßigen Nachfolger hat (§. 1149).

Der Fruchtnießer hat nur das Recht, die fremde Sache mit Schonung der Substanz zu genießen (§. 509), er darf also die Sache selbst nicht veräußern, nicht verändern und nicht verrin-

gern; er hat keinen Anspruch auf einen Antheil eines gefundenen Schatzes (§. 511), und kann aus dem Grunde, weil ihm die Fruchtnießung der Sache zusteht, nie das Eigenthum derselben erlangen. Hätte also der Proprietär keinen rechtmäßigen Nachfolger, so wäre die Sache als eine heimfällige zu betrachten, und in dem Verhältnisse des Fruchtnießers geschähe dadurch keine Veränderung.

§. 65.

2. In unbeschränktes und beschränktes.

(§. 358 des b. G. B.)

Das unvollständige Eigenthum (dominium minus plenum) ist in dem Sinne auch ein beschränktes, daß die Totalität der in dem Eigenthume enthaltenen Befugnisse dem Eigenthümer nicht zusteht. Allein der Ausdruck: beschränktes Eigenthum (dominium limitatum) wird auch in einem eigenen, engeren Sinne gebraucht. Es heißt nähmlich ein beschränktes, unfreyes, belastetes Eigenthum dasjenige, welches jemanden so zusteht, daß auch einem Anderen in der nähmlichen Sache besondere, sonst gegen den Eigenthümer überhaupt nicht Statt habende Rechte, welche entweder durch ein besonderes Gesetz, oder durch den Willen des Eigenthümers entstanden sind, zukommen.

Die Ausübung des Eigenthums findet überhaupt nur in so fern Statt, als dadurch weder in die Rechte eines Andern ein Eingriff geschieht, noch die zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles gemachten Anordnungen überschritten werden (§. 364); aus diesem Grunde kann man es aber noch kein beschränktes nennen, weil es sonst gar kein unbeschränktes gäbe. Wenn aber der Eigenthümer selbst einem Andern gegen jeden Besitzer der Sache wirksame Rechte, z. B. ein Pfand oder eine Servitut eingeräumt hat; oder wenn das Gesetz zunächst des Privatwohles wegen Befugnisse entzieht, welche sonst in dem Eigenthume enthalten sind, oder Lasten auferlegt, von denen es sonst frey wäre, z. B. wenn Grundstücke als zehentpflichtig erklärt werden, so ist das Eigenthum beschränkt; dasjenige aber, bey welchem die Ausübung der mit dem Eigenthume verbundenen Befugnisse in vollem Umfange Statt findet, freyes, unbeschränk-

tes oder unbelastetes Eigenthum (dominium liberum, illimitatum).

Diese Eintheilung unterscheidet sich von der vorigen, in vollständiges und unvollständiges Eigenthum, denn das unvollständige setzt zwey Eigenthümer derselben Sache voraus; das beschränkte Eigenthum hingegen nur Einen, welcher sich von andern Eigenthümern nur dadurch unterscheidet, daß ihm nicht alle, andern Eigenthümern zustehenden, Befugnisse zukommen. Daher fährt der §. 558, nachdem in dem vorausgehenden Paragraphe die Eintheilung in Ober- und Nutzeigenthum auseinander gesetzt wurde, so fort: »Alle anderen Arten der Beschränkungen durch das Gesetz oder durch den Willen des Eigenthümers heben die Vollständigkeit des Eigenthumes nicht auf.« Es kann vielmehr das unvollständige Eigenthum selbst wieder ein unbeschränktes oder beschränktes seyn, je nachdem alle mit dem Ober- oder Nutzungseigenthume sonst verbundenen Rechte vorhanden sind oder nicht. Der Ober-Eigenthümer ist z. B. beschränkt, wenn die Sache mit einer Dienstbarkeit behaftet ist; der Nutzungseigenthümer, wenn er von gewissen Früchten den Zehent zu entrichten hat.

§. 66.

Entstehung des unvollständigen Eigenthums und Arten desselben.

(§§. 359 und 360 des b. G. B.)

Ursprünglich wird das Eigenthum als ein vollständiges erworben. »Die Absonderung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen entsteht theils durch Verfügung des Eigenthümers; theils durch gesetzliche Verordnung.« Durch Verfügung des Eigenthümers, wenn der vollständige Eigenthümer entweder das Ober- oder das Nutzungseigenthum auf einen Andern überträgt; durch gesetzliche Verfügung, wenn das Ober- oder Nutzungseigenthum ersessen wird, denn die Ersitzung ist eine unmittelbar in dem Gesetze gegründete Erwerbungsart; auch kann die Verfügung des §. 629 hierher bezogen werden, laut welcher das Eigenthum eines Fideicommiß-Vermögens zwischen den Anwärtern und dem jedesmahligen Fideicommiß-Inhaber getheilt ist.

»Nach Verschiedenheit der zwischen dem Ober- und Nutzungseigenthümer obwaltenden Verhältnisse werden die Güter, worin das Eigenthum getheilt ist, Lehen-, Erbpacht- und Erbzinsgüter genannt. Von dem Lehen wird in dem besonders bestehenden Lehenrechte, von den Erbpacht- und Erbzinsgütern aber in dem Hauptstücke von Bestandverträgen gehandelt.« (§. 359.)

Nach den verschiedenen Bedingungen, unter welchen das unvollständige Eigenthum erworben wurde, können die Verhältnisse zwischen dem Ober- und Nutzeigenthümer sehr mannigfaltig seyn, das Gesetz erwähnt hier bloß die gewöhnlichsten Gattungen. Lehen heißt das Nutzeigenthum, welches jemanden unter der Bedingung der besondern Treue verliehen wird [1]. Erbpachtgut dasjenige, dessen Nutzungseigenthum mit der Bedingung überlassen wird, die Nutzungen mit einer jährlichen, im Verhältnisse zu dem Ertrage bestimmten Abgabe, oder mit verhältnißmäßigen Diensten zu vergüten (§. 1122). Erbzinsgut dasjenige, bey welchem die Abgabe bloß zur Anerkennung des Ober-Eigenthums geleistet wird (§. 1123).

Da das unvollständige oder getheilte Eigenthum bloß eine Art des Eigenthums ist, so wäre von demselben eigentlich in der ersten Abtheilung des zweyten Theils des Gesetzbuches, wo die dinglichen Sachenrechte überhaupt vorkommen, zu handeln gewesen; allein da die Verhältnisse zwischen dem Lehenherrn und dem Vasallen sehr verschieden seyn können, so hat sich nach dem Inbegriffe der hierüber aufgestellten oder angenommenen Grundsätze nach und nach ein eigener Zweig des positiven Rechtes gebildet, welcher das Lehenrecht ausmacht. Dieses besteht theils aus einheimischen Lehengesetzen und Gewohnheiten, theils aus dem angenommenen Longobardischen Lehenrechte, in welchem das Römische und canonische Recht als Subsidiar-Rechte anerkannt sind [2]. Da sich nun der §. 359 auf das Lehenrecht überhaupt beruft, so ist hierdurch

---

[1] S. des Freyherrn v. Heinke Darstellung des Oesterreichischen Lehenrechtes, 3te Aufl. §. 11.

[2] Eben daselbst §§. 7—9.

dasselbe in seinem ganzen Umfange, folglich auch das Römische und Canonische Recht, in so weit sie als Subsidiar-Rechte desselben gelten, bestätiget worden [1].

Bey dem getheilten Eigenthume hat der Nutzungseigenthümer gewöhnlich eine jährliche Abgabe zu entrichten, man könnte daher geneigt seyn, in jedem Falle, wo eine solche Entrichtung vorkommt, auf ein unvollständiges oder getheiltes Eigenthum zu schließen; der §. 360 erinnert aber, daß man zu diesem Schlusse nicht berechtiget ist, indem es hier heißt: »Aus der blossen Abführung eines fortdauernden Zinses, oder jährlicher Renten von einem Grundstücke kann man noch nicht auf die Theilung des Eigenthums folgern. In allen Fällen, in welchen die Trennung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen nicht ausdrücklich erhellt, ist jeder redliche Besitzer als vollständiger Eigenthümer anzusehen.«

Das Galizische Gesetzbuch gibt (2 Thl. §. 221) selbst zwey Fälle an, in denen die Bezahlung eines jährlichen Zinses vorkommen kann, ohne daß darum das Eigenthum getheilt wäre. Es kann nähmlich geschehen, daß der Eigenthümer das vollständige Eigenthum gegen Entrichtung eines jährlichen Zinses auf einen Andern überträgt, weil er sich z. B. mit der Bewirthschaftung seiner Grundstücke nicht abgeben will, oder es kann geschehen, daß jemand von einem vollständigen Eigenthümer das Recht auf einen jährlichen Zins erwerbe. Dieser Fall kommt besonders

---

[1] S. den 1. Bd. des gegenwärtigen Werkes §. 16, S. 30.

Das Galizische Gesetzbuch handelt in dem zweiten Theile zuerst von dem Eigenthume überhaupt, dann in dem 7. Hauptstücke von dem getheilten Eigenthume insbesondere. Von den Lehen zwar nur im Allgemeinen (§. 189 und 190), ausführlich aber von den Erbpacht-, Erbzinsgütern und dem Rechte auf die Oberfläche. In dem gegenwärtigen Gesetzbuche kommen die drey letzten Materien in dem 25. Hauptstücke der 2. Abtheilung des zweyten Theiles vor, weil diese Verhältnisse gewöhnlich durch einen Vertrag gegründet werden, und der Vertrag, durch den sie entstehen, dem gewöhnlichen Bestandvertrage analog ist.

bey alten Stiftungen nicht selten vor, wenn der Stifter nicht Barschaft genug hatte, um einer Kirche oder einem Kloster durch Anlegung eines Capitals ein gewisses Einkommen zu versichern, er also den Ausweg wählte, daß er sein Gut oder seine Grundstücke zinsbar machte, ohne darum das Eigenthum selbst zu veräußern.

Jeder redliche Besitzer ist als vollständiger Eigenthümer anzusehen, weil sich ein redlicher Besitzer, so lange er ein solcher ist, in der Ausübung seiner Rechte von einem wirklichen Eigenthümer nicht unterscheidet, folglich von ihm gesagt werden kann, was von dem Eigenthümer überhaupt gilt.

§. 67.

3. In Allein- und in Miteigenthum.

(§. 361 des b. G. B.)

»Wenn eine noch ungetheilte Sache mehrern Personen zugleich zugehört; so entsteht ein gemeinschaftliches Eigenthum.« Zur genaueren Bestimmung des gemeinschaftlichen oder Miteigenthums muß den Worten des Gesetzes noch beygegefügt werden: auf gleiche Art. Denn auch in dem unvollständigen Eigenthume gehört die ungetheilte Sache mehreren Personen zugleich, allein mit verschiedenem Rechte, das Miteigenthum setzt aber gleiche Rechte der Qualität nach voraus, der Umfang oder die Quantität kann verschieden seyn, es kann z. B. der Antheil des Einen zwey Mahl so groß seyn, als der Antheil des Andern. Auch das unvollständige kann ein Allein- oder ein Miteigenthum seyn, je nachdem das Ober- oder Nutzungseigenthum Einem oder Mehreren zugleich zusteht.

Gemeinschaftliches oder Miteigenthum ist also vorhanden, wenn die nähmliche Sache ohne Theilung mehreren Personen zugleich und auf gleiche Art zusteht. Dieß kann entweder auf die Art vorkommen, daß jeder Einzelne als Eigenthümer der ganzen Sache betrachtet wird, und dieß heißt dann Gesammteigenthum (condominium in solidum oder pro indiviso); z. B. wenn die nähmliche Sache Mehreren ohne Theilung vermacht worden ist; oder auf die Art, daß jedem Theilhaber ein bestimmter intellec-

tueller Theil, z. B. die Hälfte, oder ein Drittheil zusteht (condominium pro diviso). Sind die Theile nicht bloß in ihrem Verhältnisse zum Ganzen, sondern in der physischen Ausdehnung bestimmt, so daß z. B. Einem der Grund bis zu dem Bache, dem Andern der Theil jenseits des Baches zugewiesen wurde, so ist eben dadurch die Gemeinschaft oder das Miteigenthum aufgehoben worden, und jeder ist Alleineigenthümer des ihm zugewiesenen Theiles.

»In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigenthümer für eine einzige Person angesehen; in so weit ihnen aber gewisse, obgleich unabgesonderte Theile angewiesen sind, hat jeder Miteigenthümer das vollständige Eigenthum des ihm gehörigen Theiles.« Das heißt, so lange als das Miteigenthum auf die eine oder die andere der obigen Arten besteht, ist es in Beziehung auf dritte Personen gleichgültig, ob die Sache Einem oder Mehreren zugleich gehört; weder die dinglichen (Pfand- oder Servituts-Rechte) noch die persönlichen Rechte, z. B. das Recht aus einem Bestandvertrage, leiden dadurch eine Abänderung. Hinsichtlich der einzelnen intellectuellen Theile aber ist jeder Theilgenosse für sich zu betrachten, und er kann mit diesem Theile so, wie der Alleineigenthümer mit der ganzen Sache, nach Willkür verfügen, und sein Recht auf Andere übertragen.

§. 68.

4. In widerrufliches und unwiderrufliches Eigenthum.

Den drey vorhergehenden, in dem Gesetzbuche enthaltenen Eintheilungen des Eigenthums ist, ihrer practischen Folgen wegen, noch eine vierte beyzusetzen, nähmlich in widerrufliches und unwiderrufliches Eigenthum. Unwiderruflich ist es, wenn es der Eigenthümer so lange behält, bis es vermöge eines besondern Titels auf einen Andern übergeht; widerruflich, wenn es ohne eines neuen Titels zu bedürfen, auf den vorigen Eigenthümer zurückfällt, oder auf den übergeht, zu dessen Gunsten der vorige Eigenthümer verfügt hat. Der Grund hiervon liegt entweder im Gesetze, wie bey der Schenkung im Falle des Undanks (§. 948), oder bey dem Heirathsgute (§. 1229); oder in

einem Uebereinkommen, wie dieß durch einen dem Kaufvertrage beygefügten Nebenvertrag (§. 1067) geschehen kann. In wie fern die Widerruflichkeit des Eigenthums auf die Rechte eines Dritten Einfluß habe, hängt von dem besondern Verhältnisse des vorigen und des jetzigen Eigenthümers und dem Umstande ab, ob der Dritte von dieser Widerruflichkeit Kenntniß hatte oder nicht (§§. 468 und 527.)

§. 69.

Rechte des Eigenthümers und Gränzen derselben.

(§§ 362—365 des b. G. B.)

Das Eigenthumsrecht ist der Inbegriff aller in Bezug auf eine Sache denkbarer Befugnisse. »Kraft des Rechtes, frey über sein Eigenthum zu verfügen, kann der vollständige Eigenthümer in der Regel seine Sache nach Willkühr benützen oder unbenützt lassen; er kann sie vertilgen, ganz oder zum Theile auf Andere übertragen, oder unbedingt sich derselben begeben, das ist, sie verlassen.« (§. 362.)

Zu dem Eigenthume gehört also 1. das Recht mit der Substanz der Sache, oder demjenigen, was zum Wesen derselben gehört, nach Willkühr zu schalten, sie zu verändern, zu verbrauchen, zu verlassen, oder sie ganz oder theilweise auf einen Andern zu übertragen. 2. Die Befugniß, die Sache zu besitzen und jeden Andern davon auszuschließen, denn sonst könnte die willkürliche Verfügung mit der Sache nicht Statt finden. 3. Das Recht, die Sache zu gebrauchen, d. i. sich aus derselben allen erlaubter Weise möglichen Nutzen zu verschaffen, indem man sie zu seinem eigenen Genusse verwendet, oder sie einem Andern entgeldlich oder unentgeldlich zum Gebrauche überläßt.

Es heißt aber in dem obigen Paragraphe, daß diese Befugnisse dem Eigenthümer in der Regel zustehen, weil in einzelnen Fällen allerdings einige derselben abgehen können, woraus dann das beschränkte Eigenthum entsteht.

»Eben diese Rechte genießen auch unvollständige, sowohl Ober- als Nutzungseigenthümer; nur darf der Eine

nichts vornehmen, was mit dem Rechte des Andern im Widerspruche steht.« (§. 363.)

Der Umstand, daß das Eigenthum getheilt ist, macht in der Ausübung dieser Rechte keinen Unterschied, weil durch die Theilung der Begriff des Eigenthums nicht aufgehoben wird, nur geschieht die Ausübung durch Mehrere, und das Recht des Einen wird durch das Recht des Andern beschränkt.

Da es keine widersprechenden Rechte geben kann, so hat die Ausübung des Eigenthumsrechtes theils schon an und für sich seine Gränzen, theils wird es durch positive gesetzliche Anordnungen beschränkt. Daher verfügt der §. 364: »Ueberhaupt findet die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur in so fern Statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden.«

Ein Eingriff in fremde Rechte würde dann geschehen, wenn die in der fremden Sache sich ergebende Veränderung nicht bloß eine Folge der in der eigenen Sache unternommenen Handlung wäre, sondern in der fremden Sache etwas unternommen würde, was die Benützung der eigenen zum Zwecke hat. Man darf also wohl in der eigenen Sache bauen, wenn auch dadurch dem Nachbar das Licht oder die Aussicht benommen wird; in der eigenen Wand nach Gefallen Thür und Fenster öffnen, wenn sie auch den Ausgang oder die Aussicht auf das fremde Grundstück gestatten; in der eigenen Sache pflanzen, graben, Gewerbe treiben, deren Ausübung mit Getöse, üblem Geruche u. d. gl. verbunden ist; das Wasser von seinem Grundstücke auf das fremde abfließen lassen, u. s. w.; aber das Bauen darf nicht so geschehen, daß ein Theil des Gebäudes in den fremden Luftraum hervorragt, auf dem fremden Gebäude ruht, der Rauch oder die Flüssigkeiten durch das fremde Grundstück abgeleitet werden, u. d. gl.

Selbst die Ausübung der aus dem Eigenthume sich ergebenden Befugnisse darf nicht Statt finden, wenn sie bloß, um einen Andern zu necken oder zu ärgern, geschehen sollte, denn da der Eigenthümer sich mancherley Beschränkungen in seiner eigenen

Sache zum Besten eines Andern gefallen lassen muß, dergleichen z. B. die §§. 384, 495, 858 u. a. enthalten; so liegt es offenbar in dem Geiste der Gesetze und in der Natur der gesellschaftlichen Verbindung, daß jeder die Ausübung seiner Befugnisse in so weit beschränke, als es ohne eigenen Nachtheil geschehen, und die Ausübung derselben nur zum fremden Nachtheile gereichen würde. Man darf also daraus, daß die im Galizischen Gesetzbuche (2. Thl. §. 255) vorkommende Regel: »das Gesetz begünstigt weder Neid noch Schadenfreude,« nicht in das gegenwärtige Gesetzbuch aufgenommen worden ist, nicht schließen, daß sie nun keine Anwendung mehr habe, sondern sie ist wahrscheinlich nur darum weggelassen worden, weil sie sich von selbst versteht, und zu allgemein ausgedrückt ist, um hiervon eine sichere Anwendung zu machen. Daß jemand bloß, um dem Andern zu schaden, ein Recht ausübe, ist zwar nicht zu vermuthen, allein wenn der Bauende z. B. geradezu erklärte, daß er bloß darum baue, um seinem Nachbar das Licht oder die Aussicht zu benehmen; oder wenn es offenbar wäre, daß er eine Senkgrube nur darum an einem gewissen Platze anlege, um dem Nachbar durch sein Zimmer oder seinen Keller unbrauchbar zu machen, indem er dieselbe eben so wohl an einem andern Platze anbringen könnte: so würde es doch gewiß jedermann als die größte Ungereimtheit ansehen, wenn eine öffentliche Behörde eine solche Ausübung des Eigenthums in Schutz nehmen, und zu der muthwilligen Zugrunderichtung oder Verschlimmerung eines, vielleicht mit vieler Mühe und vielen Kosten herbeygeschafften Vortheils die Hand biethen wollte. Man darf nicht besorgen, daß nach diesen Grundsätzen die Ausübung des Eigenthumsrechtes zu sehr beschränkt werden würde; denn wer behauptet, daß die Ausübung bloß, um dem Andern zu schaden, geschehe, muß es beweisen, und in der Schwierigkeit diesen Beweis zu führen, liegt schon die natürliche Gränze der behaupteten Beschränkung, zumahl der Handelnde leicht einen Vorwand finden wird, um seine Unternehmung zu rechtfertigen, und im Zweifel für die freye Ausübung des Eigenthums entschieden werden müßte.

Für diejenigen Fälle, wo die Ausübung des Eigenthumsrechtes mit dem allgemeinen Besten collidirte, enthalten die poli-

tischen Anordnungen Beschränkungen, welche sich der Eigenthümer gefallen lassen muß, da die Ausübung der Privat-Rechte im Staate überhaupt nur in so fern Statt hat, als sie mit dem allgemeinen Wohle vereinbar ist. Beyspiele von solchen politischen, das Eigenthum beschränkenden Anordnungen kommen vor in den Wald-, Feuerlösch- und Bauordnungen [1]; in dem Vorbehalte eines gewissen Gebiethes in der Nähe der Festungswerke [2]; in allen in Sanitäts-Rücksichten gemachten Beschränkungen ꝛc.

Gewöhnlich beziehen sich dergleichen Einschränkungen nur auf die Benutzung, aber »wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigenthum einer Sache abtreten.« (§. 365.) Ob eine solche Nothwendigkeit vorhanden sey, haben die politischen Behörden zu entscheiden, da es sich hierbey um die Ausübung eines öffentlichen Rechtes handelt. Jeder Einzelne ist aber zu dem allgemeinen Wohle nur verhältnißmäßig beyzutragen verpflichtet, es muß also demjenigen, welcher seine Sache herzugeben verhalten wurde, eine angemessene Schadloshaltung geleistet werden, d. i. der wirklich erlittene Schade ist zu vergüten, ohne daß es aber hierbey auf den entgangenen Gewinn oder den Werth der besondern Vorliebe ankäme, da diese nur im Falle einer vorsetzlichen oder durch auffallende Sorglosigkeit verursachten Beschädigung zu ersetzen sind (§§. 1323 und 1324).

Bey der Leistung der Schadloshaltung handelt es sich um ein Privat-Recht, das dem Eigenthümer gegen den Staat eben so, wie gegen einzelne Mitglieder desselben zusteht; es sind also hierbey die Grundsätze des Privat-Rechtes zu befolgen, und der hierüber allenfalls entstehende Streit ist von den Gerichtsbehörden zu entscheiden [3].

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 81.

[2] Hofkanzleydecret vom 29. April 1831, in Wagner's Zeitschrift, 8. Heft, Notizenblatt S. 325.

[3] S. Zeiller's Commentar §. 365, Nr. 3; und den 1. Bd. dieser Erläuterungen §. 44, S. 111.

§. 70.

Klagen aus dem Eigenthumsrechte: A. eigentliche Eigenthumsklage.

(§. 366 des b. G. B.)

Damit der Eigenthümer die Sache, welche aus seinem Besitze gekommen ist, wieder erlange, kann er entweder die eigentliche Eigenthumsklage (§§. 366—371), oder die Klage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthume (§§. 372—374) anstellen.

In Ansehung jener heißt es im §. 366: »Mit dem Rechte des Eigenthümers jeden Andern von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern.«

Es wird also bey dieser Klage vorausgesetzt, daß der Kläger wirklich Eigenthümer sey, und er hat dieß, wie nachher vorkommen wird, zu beweisen. Da sich nun das Eigenthum, wie oben (§. 62) gezeigt worden ist, nur auf körperliche Sachen bezieht, so sind auch nur diese ein Gegenstand der Eigenthumsklage. Die Klagen, durch welche man andere Rechte verfolgt, haben nach der Natur des Rechtes, aus dem sie abgeleitet werden, ihre eigene Benennung und Beschaffenheit, z. B. die Pfand-, Servituts-, Erbschaftsklage. In dem Römischen Rechte werden zwar alle dinglichen Klagen Vindicationsklagen im weiteren Sinne genannt, allein dieß gründet sich auf die eigene Bedeutung des Wortes: vindicatio, welche eine vindicatio rei oder juris seyn konnte [1], und mit dem Deutschen: Eigenthumsklage, keineswegs gleichbedeutend ist.

Die Art des Eigenthums, ob es ein vollständiges oder unvollständiges, unbeschränktes oder beschränktes, Allein- oder Miteigenthum ist, macht in Ansehung des Rechtes, diese Klage anzustellen, keinen Unterschied, nur versteht sich von selbst, daß sie der Kläger nur in so fern anstellen kann, als ihm das Eigenthum wirklich zusteht, folglich nach Umständen nur als unvollständiger, beschränkter oder Mit-Eigenthümer. Die Widerruf-

---

[1] Schweppe Römisches Privat-Recht 2. Bd. §. 267. S. 126.

lichkeit kommt hier nicht in Betrachtung, weil sie nur in einem gewissen Verhältnisse mit einer bestimmten Person gegründet, folglich Gegenstand einer persönlichen Klage ist.

Auch auf den Gegenstand des Eigenthums, ob es nähmlich eine bewegliche oder unbewegliche Sache, und die letzte in den öffentlichen Büchern eingetragen ist oder nicht, kommt es im Wesentlichen nicht an, nur in Ansehung des Gerichtsstandes kommt dieser Unterschied in Betrachtung, da, wie schon oben §. 10, S. 15 bemerkt wurde, dingliche Klagen, welche eine unbewegliche Sache zum Gegenstande haben, zu dem Real-Gerichtsstande (foro rei sitae) gehören. Handelt es sich um die Vindication einer in den öffentlichen Büchern auf den Nahmen eines Andern eingetragenen Sache, so wird die Klage in Form einer Bestreitung der geschehenen Eintragung angestellt werden müssen.

Das Gesetz spricht von einer vorenthaltenen Sache, setzt also voraus, daß der Kläger zuerst versucht habe, seine Sache auf außergerichtlichem Wege zurück zu erhalten. Daß dieß geschehe, ist zwar der Natur der Sache gemäß, da man zu strengeren Mitteln nur in so fern schreiten soll, als die gelinderen nicht zureichen; aber es ist nicht schlechterdings nothwendig, und kein Gegenstand eines besonderen Beweises, da eben die Weigerung des Geklagten, die Sache auf das gerichtliche Gesuch des Klägers herauszugeben, darthut, daß die außergerichtliche Zurückforderung vergeblich gewesen wäre. Würde sich aber der Geklagte zur Herausgabe der Sache sogleich bereit erklären, so könnte die Unterlassung der außergerichtlichen Zurückforderung die Folge haben, daß der Kläger in die Gerichtskosten verurtheilt werden müßte [1].

Die Eigenthumsklage kann gegen jeden Inhaber der Sache angestellt werden, denn der Zweck derselben ist, die Sache wieder zu erlangen; wieder erlangen kann man sie aber nur von dem, der sie hat. Ist der Geklagte ein blosser Inhaber, so hängt es nach dem, was später vorkommen wird, von ihm ab, ob er sich auf die Klage einlassen, oder seinen Vormann als den angeblichen Eigenthümer nahmhaft machen wolle.

---

[1] §. 393 der Jos. Ger. Ordn.

Die Klage geht auf die Zurückforderung der Sache mit Allem, was zu derselben gehört (res cum sua causa). Der Geklagte ist also, wenn er sachfällig wird, schuldig seinem Gegner den Besitz der Sache in dem Zustande, in welchem sie sich befindet, zu überlassen, folglich sie herauszugeben, wenn sie eine bewegliche ist, und den Besitz der unbeweglichen zu räumen, und zu gestatten, daß sie auf den Nahmen des Klägers in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werde. Ob in dem Falle, wo die Besitznahme der Sache von Seite des siegenden Klägers mit Kosten verbunden ist, der Kläger oder der Geklagte diese Kosten zu bestreiten verbunden sey, hängt von dem Umstande ab, ob der Geklagte redlicher oder unredlicher Besitzer war, denn im ersten Falle ist er für die Folgen seines Besitzes nicht verantwortlich, folglich nur schuldig, die bewegliche Sache am Orte seines Wohnsitzes zu übergeben (§. 1420), und bey den unbeweglichen, die Besitznahme des Klägers nicht zu hindern. War er aber unredlicher Besitzer, so muß er allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden ersetzen (§. 335), folglich auch die Sache auf seine Kosten zurückstellen.

§. 71.

Beschränkungen der Eigenthumsklage: 1. wegen der von dem Kläger selbst geschehenen Veräußerung.

(§. 366 des b. G. B.)

Von der Regel: daß der Eigenthümer berechtiget sey, seine Sache von jedem Inhaber zurückzufordern, macht das Gesetz einige Ausnahmen. Die erste derselben enthält der §. 366 in den Worten: »Doch steht dieses Recht demjenigen nicht zu, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigenthümer war, in seinem eigenen Nahmen veräußert, in der Folge aber das Eigenthum derselben erlangt hat.«

Das Gesetz unterscheidet hier nicht, ob die Veräußerung der fremden Sache im eigenen Nahmen wissentlich, oder aus Irrthum geschehen sey, immer müßte der Kläger seine eigene Handlung bestreiten, und diese Befugniß räumt ihm das Gesetz nicht ein, denn hat er eine fremde Sache wissentlich als seine eigene

veräußert, so würde, wenn ihm ein wirksames Recht, die Sache aus diesem Grunde zurück zu fordern, eingeräumt würde, seine widerrechtliche Handlung selbst der Grund seiner Befugniß seyn; aus widerrechtlichen Handlungen können aber für den Handelnden wohl Verbindlichkeiten, aber keine Rechte entstehen. Wäre die Veräußerung aus Irrthum geschehen, so ist dieß ein Mangel, welcher in der Person des Veräußernden eintritt, dessen Folgen er sich daher gefallen lassen muß.

Der im Gesetze vorausgesetzte Fall wird gewöhnlich nur bey einem Erben eintreten; die Folge hiervon ist, daß ein solcher die Sache aufgeben müßte, welche er sonst als Nachfolger des Eigenthümers zu vindiciren berechtiget wäre, denn war er gleich früher nicht im Stande, dem Uebernehmer das Eigenthum, welches er ihm versprochen hatte, zu verschaffen, so ist er es doch jetzt, nachdem er selbst dasselbe erlangt hatte, und das Gesetz verhält ihn dazu, weil gültig eingegangene Verträge, in so fern es möglich ist, die dabey beabsichtigte Wirkung hervorbringen sollen (§. 914).

§. 72.

2. Wegen der Begünstigung des Verkehres.

(§§. 367 und 368 des b. G. B.)

Weitere Ausnahmen enthält der §. 367: »Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht Statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgeld von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertrauet hatte. In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.«

Der Grund dieser Ausnahmen liegt in der Absicht, den

Verkehr zu erleichtern und zu sichern, denn es werden hier Umstände vorausgesetzt, in welchen es nicht wohl möglich ist, sich Gewißheit darüber zu verschaffen, daß der Vormann wirklich Eigenthümer der veräußerten Sache ist. Hätte also der Erwerber zu besorgen, daß derjenige, dem das Eigenthum wirklich zustand, sein Recht gegen ihn geltend machen könne, so würde sich jeder scheuen, die Sache auf solche Art an sich zu bringen, was insbesondere auf die Veräußerung durch öffentliche Versteigerung, oder durch Gewerbsleute nachtheiligen Einfluß hätte.

In den vorausgesetzten Fällen wird von dem redlichen Besitzer das Eigenthum erworben, ungeachtet es der Vormann selbst nicht hatte, folglich es auch nicht übertragen konnte; es geschieht also die Erwerbung unmittelbar vermöge der Anordnung des Gesetzes.

Die ganze Verfügung bezieht sich aber nur auf den Erwerb beweglicher Sachen, in deren Verfolgung auch andere Gesetzgebungen wesentliche Beschränkungen machen, oder die Eigenthumsklage gegen den redlichen Besitzer gar nicht zulassen[1]. Bey den unbeweglichen kommt die Uebertragung der Sache von einem Eigenthümer auf den andern nicht so häufig vor, man kann über die Verhältnisse des Vormannes leichter Erkundigung einziehen, und der Regel nach schon aus den öffentlichen Büchern ersehen, wer zur Veräußerung derselben berechtiget ist, es treten also bey derselben nicht die nähmlichen Gründe der Beschränkungen ein, wie bey beweglichen Sachen.

Die Ausnahmsfälle sind aber folgende: 1. wenn man die Sache in einer öffentlichen Versteigerung an sich bringt, d. h. in einer solchen, welche entweder vom Gerichte, oder mit Bewilligung der gehörigen politischen Behörde, nach den hierüber bestehenden Verordnungen[2], abgehalten wird. Jede andere Versteigerung, wo mehrere Menschen zugleich zusammen berufen werden, um die Sache mittelst des Ueberbiethens an sich zu

---

[1] S. in Zeiller's Commentar 2. Bd. die Anmerkung S. 134 und Mittermaier's Grundsätze des deutschen Privatrechts, 4. Ausgabe, §. 138 und 138 a).

[2] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 83 und folg.

bringen, ist unter Strafe verbothen [1], und schützt den Käufer vor der Eigenthumsklage nicht.

2. Wenn man die Sache von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne erhalten hat, d. i. einem solchen, welchem von der politischen Behörde die Bewilligung ertheilt worden ist, mit der in der Frage stehenden Sache als Producent, Handelsmann oder Trödler Verkehr zu treiben. Diejenigen, welche freye Beschäftigungen treiben, z. B. das Spinnen, Stricken, können eben darum, weil sie keiner obrigkeitlichen Bewilligung bedürfen, nicht hierher gezählt werden.

3. Wenn man die Sache gegen Entgeld von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst anvertrauet hatte. Hier tritt vorzüglich der Grund ein, daß der vorige Eigenthümer vorsichtiger hätte zu Werke gehen sollen, und der Regel nach von dem Veräußernden leichter als ein Dritter Schadloshaltung erwirken kann. In den Strafgesetzen ist schon dafür gesorgt, daß der Eigenthümer auf diese Art nicht so leicht um das Seinige gebracht werde, indem die Veräußerung eines anvertrauten Gutes als Veruntreuung bestraft wird [2].

Bey diesem Ausnahmsfalle wird ausdrücklich gefordert, daß die Erwerbung gegen Entgeld geschehen sey, denn hätte der Inhaber die Sache unentgeldlich auf einen Andern übertragen, so müßte vielmehr derjenige berücksichtiget werden, welcher eine Verminderung seines Vermögens erleiden soll, als jener, welcher auf fremde Kosten einen Gewinn anspricht. Der Beysatz, gegen Entgeld, ist aber nicht in dem Sinne zu nehmen, als ob in den vorhergehenden zwey Fällen das Gegentheil Statt fände. Denn daß auch in diesen Fällen nur eine entgeldliche Veräußerung zu verstehen sey, folgt schon aus der Natur der Sache, da bey Versteigerungen nothwendig ein Preis gebothen werden muß, und es eigentlich nicht ein Verkehr des Gewerbsmannes ist, wenn er eine Waare unentgeldlich weggibt. Der erwähnte Beysatz wäre also in den beyden ersten Fällen überflüssig gewesen, er ist es aber nicht in dem dritten, weil es möglich ist, daß derjenige, dem

---

[1] Hofkanzleydecret vom 13. December 1808 eben da.

[2] Strafgesetzbuch I. §. 163 und II. §. 211.

die Sache anvertraut wurde, dieselbe gegen oder ohne Entgeld weggebe.

Die Ausnahmen des §. 367 setzen voraus, daß derjenige, welcher sich auf dieselben berufen will, die Sache redlicher Weise an sich gebracht habe; sie treten also nicht ein, wenn gegen ihn erwiesen wird, daß er wirklich wußte, die Sache gehöre nicht dem Vormanne, von dem oder in dessen Nahmen sie veräußert wurde, oder wenn er dieses nach den Umständen vermuthen mußte. Solche Umstände, welche den Besitzer zum unredlichen machen, enthält der §. 368: »Wird aber bewiesen, daß der Besitzer entweder schon aus der Natur der an sich gebrachten Sache, oder aus dem auffallend zu geringen Preise derselben, oder aus den bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormannes, aus dessen Gewerbe oder andern Verhältnissen einen gegründeten Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes hätte schöpfen können; so muß er als ein unredlicher Besitzer die Sache dem Eigenthümer abtreten.«

Aus der Natur der Sache muß man Verdacht gegen den Vormann schöpfen, wenn sie Wapen oder Inschriften als eine fremde bezeichnen, oder die Gestalt derselben sie als einen Bestandtheil einer fremden erkennen lassen, z. B. als eine weggebrochene Verzierung. Aus dem auffallend zu geringen Preise, denn wer die Sache rechtlich erworben hat, kennt den wahren Werth derselben, und gibt sie ordentlicher Weise nur gegen dessen Wiedererlangung hintan. Aus den bekannten persönlichen Eigenschaften des Vormannes, wenn diese ihn seines schlechten Rufes, oder öfters schon gemachter Eingriffe in fremdes Eigenthum wegen verdächtig machen. Aus dessen Gewerbe und andern Verhältnissen, wenn der Vormann z. B. ein Gewerbsmann ist, welcher nur fremde Stoffe zu verarbeiten pflegt, und nun dergleichen rohe Stoffe veräußert, oder wenn die Sache zu einer ganz ungewöhnlichen Zeit, oder auf versteckte Weise zum Kaufe angebothen wird, u. dgl.

§. 73.

Was dem Kläger in der Eigenthumsklage zu beweisen obliegt: 1. Die Innehabung von Seite des Geklagten.

(§§. 369—371 des b. G. B.)

»Wer die Eigenthumsklage übernimmt, muß den Beweis führen, daß der Geklagte die eingeklagte Sache in seiner Macht habe, und daß diese Sache sein Eigenthum sey.« (§. 369).

Es liegt also dem Kläger ein zweyfacher Beweis ob; der eine bezieht sich auf eine bloße Thatsache, der andere auf das Recht. Zur nähern Erörterung des einen und des andern ist Folgendes zu bemerken.

Damit erhelle, daß der Geklagte die verlangte Sache in seiner Macht habe, ist es nothwendig, sie genau zu bezeichnen. Daher schreibt der §. 370 vor: »Wer eine bewegliche Sache gerichtlich zurückfordert, muß sie durch Merkmahle beschreiben, wodurch sie von allen ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet wird.« Wenn also Sachen ihrer Natur nach, oder darum, weil die Merkmahle derselben in Vergessenheit geriethen, oder an der Sache selbst vertilgt worden sind, eine solche Bezeichnung nicht zulassen; so kann auch rücksichtlich derselben die Eigenthumsklage mit Erfolg nicht angestellt werden. Dieß enthält der §. 371 ausdrücklich: »Sachen, die sich auf diese Art nicht unterscheiden lassen, wie bares Geld mit anderm baren Gelde vermenget, oder auf den Ueberbringer lautende Schuldbriefe, sind also in der Regel kein Gegenstand der Eigenthumsklage; wenn nicht solche Umstände eintreten, aus denen der Kläger sein Eigenthumsrecht beweisen kann, und aus denen der Geklagte wissen mußte, daß er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtiget sey.«

Es wird hier insbesondere des baren Geldes Erwähnung gemacht, weil es seiner Bestimmung nach von einem Besitzer auf den Andern übertragen wird, ohne daß man auf die besondern Merkmahle der einzelnen Münzen achtet, die Merkmahle aber,

welche die verschiedenen Arten der Münzen unterscheiden, nähmlich das Gewicht, die Feinheit des Metalls und das Gepräge so vielen Individuen gemeinschaftlich sind, daß aus der Angabe derselben noch keineswegs ein ausschließendes Recht des Klägers gefolgert werden kann. Es würde also z. B. nichts nützen, wenn der Kläger angäbe, daß er Holländer-Ducaten von einem bestimmten Jahre, und mit einem gewissen, sich allenfalls durch einen zufälligen Fehler unterscheidenden Gepräge gehabt habe, und dergleichen sich wirklich bey dem Geklagten finden; denn wer weiß es, wie viele Ducaten mit diesem Gepräge existiren, und woher sollte die Gewißheit entstehen, daß die bey dem Geklagten vorhandenen Ducaten gerade diejenigen seyen, welche dem Kläger gehören?

Zufällige Umstände können indessen machen, daß auch bey dem Gelde der Beweis des Eigenthums möglich wird, wenn z. B. bey einem Diebe solche Münzen gefunden werden, als der Bestohlene gehabt zu haben angibt, und weder ein anderer Bestohlene gleiche Münzen gehabt zu haben behauptet, noch der Dieb sie anders woher als durch den eingestandenen oder erwiesenen Diebstahl bey dem Kläger erhalten zu haben ausweist; oder wenn bey dem Verwahrer das deponirte Geld noch abgesondert in dem Beutel oder Kistchen gefunden wird, in welchem es der Hinterleger übergeben zu haben darthut.

Was von dem baren Gelde gesagt wurde, gilt gleicher Maßen auch von den öffentlichen Credits-Papieren, welche im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertreten, nähmlich den Einlösungs-, Anticipationsscheinen und Banknoten; es lassen sich zwar auch durch die Ziffer und Buchstaben einzelne Stücke von andern unterscheiden, allein diese Merkmahle sind nicht von der Art, daß man bey der Erwerbung auf sie zu achten verbunden wäre, und sie können zufällig vielen Personen, durch deren Hände solche Papiere gingen, bekannt seyn, folglich läßt sich aus der Angabe derselben nicht wohl auf den Eigenthümer schließen. Bey diesen Papieren muß vielmehr so, wie bey den Schuldbriefen, welche auf den Ueberbringer lauten, jeder Inhaber für den Eigenthümer angesehen werden, weil sie einer besondern Cession nicht bedürfen, und vielmehr anzunehmen ist, daß sie von dem Eigenthümer gehörig auf den gegenwärtigen Inhaber übertragen worden sind.

Auf den Ueberbringer können der Regel nach nur öffentliche Schuldverschreibungen ausgestellt werden, denn die von Privaten ausgestellten Schuldscheine müssen, damit sie einen vollständigen Beweis machen, den Nahmen des Gläubigers und des Schuldners enthalten (§. 1001). Es sind indessen schon Fälle vorgekommen, wo auch für Private Darleihen auf Obligationen, welche bloß auf den Ueberbringer lauteten, aufgenommen und auf der Börse öffentlich verhandelt wurden; aus dieser Oeffentlichkeit kann man auf eine stillschweigende Duldung der Staatsverwaltung schließen, und es scheint eben darum in den §§. 371 und 1393 von den auf den Ueberbringer lautenden Schuldbriefen im Allgemeinen Meldung gemacht worden zu seyn. Die Eigenthumsklage kann bey solchen Schuldbriefen nur Statt haben, wenn Umstände eintreten, aus denen der Geklagte wissen mußte, daß er sie für sich zu erwerben nicht berechtiget sey, indem er sie z. B. gefunden oder von einem verdächtigen Vormanne an sich gebracht hat, oder ihm bekannt war, daß sie geraubt oder entwendet wurden, oder wenn aus dem Schuldscheine selbst ersichtlich ist, daß er dem allgemeinen Verkehre entzogen ist [1], darum müssen dergleichen Obligationen, wenn sie zu Cautionen, Fideicommissen ꝛc. bestimmt sind, vinculirt werden [2].

Der §. 369 legt zwar dem Kläger den Beweis auf, daß der Geklagte die eingeklagte Sache in seiner Macht habe, allein dieß kann der Natur der Sache nach nur dahin verstanden werden, daß er zu beweisen habe, die verlangte Sache habe sich, nachdem sie aus dem Besitze des Klägers kam, in der Gewalt des Geklagten befunden. Wendet der Geklagte ein, daß er sie zwar inne gehabt, aber später wieder veräußert habe, so muß ihn der Kläger, ungeachtet im Allgemeinen die Regel besteht: »Wer ein Factum angeführt hat, er sey Kläger oder Beklagter, der ist schuldig, es zu erweisen« [3], und in diesem Falle

---

[1] Kerstorf, Ueber die Schutzmittel des Eigenthumes an Papieren au porteur in Deutschland. Würzburg 1828.

[2] S. das Hofdecret vom 20. August 1817, in meinem Handbuche 2. Bd. S. 236.

[3] Jos. Ger. Ord. §. 104.

der Geklagte sich auf eine Thatsache beruft, des Gegentheils überweisen, weil der Beweis der Innehabung zur Begründung des Klagerechtes gehört, der Geklagte also sich mit bloßem Läugnen vertheidigen kann, so lange der Beweis nicht hergestellt ist. Der Kläger müßte also in diesem Falle, wie in jenem, wo die Echtheit einer Handschrift widersprochen wird [1], auch den Beweis führen, daß der Geklagte die verlangte Sache noch inne habe; diesen Beweis kann er aber zur Widerlegung der Einrede auch in der Replik herstellen, und, wenn ihm kein anderes Beweismittel zu Gebothe stünde, seinem Gegner hierüber den Haupteid auftragen [2]. Durch die Verfügung des §. 376, welcher das lügenhafte Läugnen der Innehabung mit dem Verluste des Besitzes bestraft, ist schon dafür gesorgt, daß der Geklagte nicht leicht muthwillig läugne. Uebrigens bestätiget dieser Paragraph, indem er von der Ueberweisung des Läugnenden spricht, das, was zuvor über die Führung des Beweises der Innehabung bemerkt worden ist.

Zum Behufe der genauen Angabe der Merkmahle wäre es für den Kläger sehr vortheilhaft, wenn er im Zweifel, ob die bey dem Gegner befindliche Sache die seinige sey, verlangen könnte, daß sie ihm vorgezeigt werde. Das Galizische Gesetzbuch gestattete, nach dem Beyspiele der actio ad exhibendum des Römischen Rechtes, eine eigene Klage (2. Thl. §. 89). Allein da, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, dieselbe auf keinem festen

---

[1] Jos. Ger. Ord. §§. 133 und 134.

[2] Nur in diesem Sinne kann man, wie Hr. Prof. v. Gapp (Wagner's Zeitschrift, Jahrg. 1829, 8tes Heft, S. 73) und Hr. Landrath Nippel in seinen Erläuterungen zu dem §. 369, Nr. 2 u. 3, behaupten, daß der Kläger beweisen müsse, der Geklagte habe die Sache noch zur Zeit der gegen ihn angestellten Klage in seiner Macht, denn auch Nippel gibt zu, daß dieser Beweis in der Replik geführt werden könne, und nur dann nothwendig sey, wenn der Geklagte die Innehabung läugnet; Gapp kommt aber (§. 8, S. 76) selbst darauf hinaus, daß der Kläger nur beweisen könne, der Geklagte habe die Sache zur Zeit der Klage in seiner Macht, oder sie doch kurz vorher zur Zeit der außergerichtlichen Zurückforderung inne gehabt.

natürlichen Grunde beruht, und es auch sonderbar wäre, wenn der Geklagte selbst seinem Gegner die Mittel verschaffen müßte, durch welche dieser jenen besiegen kann; so wurde sie in das jetzige Gesetzbuch nicht aufgenommen. In der That ist auch, wenn sie nicht zur Beeinträchtigung des Besitzers erweitert werden soll, durch diese Klage nichts gewonnen, denn der Kläger muß schon in derselben ein Recht auf die Sache darthun, und die Sache beschreiben; kann er dieß, so kann er eben so leicht auf die Herausgabe der Sache klagen, und der Streit ist dann durch Einen Prozeß abgethan. Sollte sich aus der Vertheidigung ergeben, daß die bey dem Kläger befindliche Sache nicht die zurückverlangte sey, so ist freylich die Eigenthumsklage umsonst angestellt worden; allein der Nachtheil wird der Regel nach nicht größer seyn, als wenn auf Vorzeigung der Sache geklagt worden wäre, und es sich dann gezeigt hätte, daß die Sache nicht die sey, welche der Kläger zurückverlangt.

§. 74.

2. Der Beweis des Eigenthums.

Der Kläger hat in der Eigenthumsklage nach dem §. 369 ferner zu beweisen, daß die eingeklagte Sache sein Eigenthum sey. Ueber diesen Theil des Beweises enthält das Gesetzbuch keine nähern Vorschriften, es ergibt sich aber aus dem, was in der Folge über die Erwerbung des Eigenthums gesagt werden wird, wie er geführt werden müsse. Zuerst muß nähmlich unterschieden werden, ob behauptet wird, daß die Sache als eine freystehende, oder als eine schon im Eigenthume eines Andern befindliche erworben worden sey. In jenem Falle ist die Zueignung zu beweisen, in diesem, daß sie auf rechtliche Art von dem vorigen auf den jetzigen Eigenthümer übergegangen sey (§. 423). Der Erwerber muß der Regel nach einen gültigen Titel und eine rechtliche Erwerbungsart ausweisen können (§. 425), und daß der Vormann selbst Eigenthümer war (§. 442), denn der Titel und die Erwerbungsart an für sich machen den Erwerber bloß zum rechtmäßigen und echten Besitzer, beweisen aber noch nicht sein Eigenthum. Darin liegt eben die Schwierigkeit des Beweises des Eigenthums bey der mittelbaren Erwerbung, daß man mit dem Be-

weise des Eigenthums von einem Vormanne auf den andern zurückgehen muß, bis man auf den ursprünglichen Erwerber der Sache gelangt, oder darthun kann, daß die Sache, wenn sie auch von einem Nichteigenthümer herrührte, nun dem Kläger gehöre, weil durch seinen und den Besitz seiner Vormänner die Ersitzung vollendet wäre. Wird die Erwerbung des Eigenthums nicht von der Uebertragung des Vormannes abgeleitet, so muß gezeigt werden, daß einer von den Fällen vorhanden ist, wo es unmittelbar aus der Verfügung des Gesetzes erlangt werden kann. Solche Fälle sind: wenn man sie als Frucht aus der fremden Sache in Folge des redlichen Besitzes erworben hat (§. 330); oder auf die im §. 367 bestimmte Weise; oder als gefundene Sache in Folge der §§. 392 oder 397; oder als Zuwachs vermöge der §§. 405—420, oder vermöge der Uebertragung von dem vermeintlichen Erben (§. 824); oder endlich durch die Ersitzung (§§. 1466—1468).

§. 75.

B. Klage aus dem vermutheten Eigenthume.

(§. 372 des b. G. B.)

Sehr oft kann es geschehen, daß derjenige, welcher vielleicht wirklich der Eigenthümer einer Sache ist, zwar Titel und Erwerbungsart nachweisen, aber nicht beweisen kann, daß sein Vormann Eigenthümer war. Gäbe es nun nur die eigentliche Eigenthumsklage, so könnte ein Solcher auf die Herausgabe der Sache nicht klagen, folglich sein Eigenthum nicht geltend machen. Das Gesetz gestattet daher eine Klage, welche in dem Beweise weniger streng ist, für den Kläger aber den gewünschten Erfolg hervorbringt, ohne den Geklagten zu beeinträchtigen, weil sie nur gegen jenen angestellt werden kann, welcher ein schwächeres Recht hat. Es wird nähmlich unter gewissen Voraussetzungen vermuthet, daß der Kläger Eigenthümer sey, ob er es gleich darzuthun nicht im Stande ist.

Das Wesen dieser Klage, welche der Hauptsache nach mit der im Römischen Rechte vorkommenden actio Publiciana übereinstimmt, wird in dem §. 372 folgender Maßen bestimmt: »Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Ei-

genthumes einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel, und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargethan hat; so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen, oder nur einen schwächeren Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigenthümer gehalten.«

Der Kläger hat also einen gültigen Titel, und die echte Art, wodurch er zum Besitze der Sache gelangt ist, darzuthun, d. h. den rechtlichen Möglichkeitsgrund, die Sache zu erwerben, und die rechtliche Erwerbungsart, d. i. die dem Gesetze gemäße Uebergabe und Uebernahme; denn wo diese Erfordernisse vorhanden sind, ist auch gewöhnlich das Eigenthum erworben worden, folglich wird das Daseyn desselben vermuthet. Die Klage kann aber nur von dem angestellt werden, welcher schon im Besitze der Sache war, denn es heißt im Gesetze: der Kläger müsse die echte Art darthun, wodurch er in den Besitz der ihm vorenthaltenen Sache gelangt ist; wer also einen bloßen Titel zum Besitze hat, kann nur eine persönliche, keine dingliche Klage anstellen. Hieraus ergibt sich, daß die Klage aus dem vermutheten Eigenthume, in so weit es bey derselben bloß auf eine gewisse Beschaffenheit des vorausgegangenen Besitzes ankommt, und sie aus dem Besitze abgeleitet wird, nichts Anderes als eine Besitzklage ist (oben §. 59), welche, weil sie wie andere Streitsachen verhandelt wird, die ordentliche genannt werden kann.

§. 76.

Gegen wen die Klage aus dem vermutheten Eigenthume Statt findet.

(§§. 373 und 374 des b. G. B.)

Das wirkliche Eigenthum ist ein ausschließendes Recht, die daraus entstehende Klage kann also gegen jeden Inhaber oder Besitzer der Sache angestellt werden (oben §. 70); die Klage aus dem vermutheten Eigenthume nur gegen denjenigen, der keinen oder nur einen schwächeren Titel seines Besitzes anzugeben vermag (§. 372); daß es aber hierbey nicht bloß auf den Titel, sondern auf das stärkere oder schwächere Recht zum Besitze an-

kommt, erhellt aus dem §. 373, welcher so fortfährt: »Wenn also der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt; wenn er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag; oder, wenn er die Sache ohne Entgeld, der Kläger aber gegen Entgeld erhalten hat; so muß er dem Kläger weichen.«

Besitzt der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise, so muß er dem Kläger weichen, welcher einen rechtmäßigen Titel dargethan, und die Vermuthung der Redlichkeit für sich hat (§. 328); würde erwiesen, daß der Kläger unredlicher Besitzer war, so könnte er natürlich diese Klage nicht anstellen, da eben dadurch die Vermuthung des Eigenthums aufgehoben wäre.

Ferner muß der Geklagte dem Kläger nachstehen, wenn er gar keinen, oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag; denn hieraus entsteht ein gegründeter Zweifel über die Rechtmäßigkeit oder Redlichkeit seines Besitzes, indem derjenige, welcher die Sache rechtmäßig erworben hat, der Regel nach auch weiß, von wem er sie erhalten hat, und der Besitz eben dadurch zum unredlichen wird, wenn der Vormann verdächtig, d.i. eine solche Person ist, von welcher vorauszusetzen ist, daß sie kein Recht auf die Sache habe.

Endlich erklärt das Gesetz das Recht dessen, welcher die Sache ohne Entgeld erhalten hat, in Beziehung auf den, welcher sie gegen Entgeld an sich gebracht hat, für das schwächere, weil der Verkehr in der entgeldlichen, nicht aber in der unentgeldlichen Uebertragung der Sache von dem Einen auf den Andern beruht, und es der Billigkeit gemäß ist, daß in dem Falle, wo unter zwey Streitenden keiner ein ausschließendes Recht darzuthun im Stande ist, derjenige, welcher Schaden von sich abzuwenden sucht, vor jenem den Vorzug erhalte, welchem es bloß um Vortheil zu thun ist. Diese Regel gilt aber nicht, wenn das ausschließende oder stärkere Recht aus einem andern Grunde außer Zweifel ist. So wird derjenige, der sein Recht aus einem entgeldlichen Titel ableitet, gegen den nichts ausrichten, welcher die Sache auf rechtsgültige Weise

von dem Eigenthümer selbst, obgleich durch einen unentgeldlichen Titel, erhalten hat, und der redliche Besitzer müßte gegen den unredlichen geschützt werden, wenn gleich jener die Sache ohne, dieser aber gegen Entgeld an sich gebracht hätte.

Der §. 373 enthält die nähere Auseinandersetzung der im §. 372 vorausgeschickten Regel, nicht bloß Beyspiele zu derselben, denn es kommen in diesem Paragraphe neue Bestimmungen, nicht bloß Anwendungen der vorausgeschickten vor. Hieraus folgt, daß die im §. 373 enthaltenen Momente die einzigen sind, nach welchen über das stärkere oder schwächere Recht der Streitenden entschieden werden muß, und diese Gründe nicht, wie Hr. Landrath Nippel glaubt [1], mit den aus ähnlichen Verhältnissen hergehohlten vermehrt werden können. Läßt sich also ein stärkeres Recht des Klägers nicht darthun, so ist nach dem §. 374 zu entscheiden, welcher lautet: »Haben der Geklagte und der Kläger einen gleichen Titel (d. i. nach dem Vorausgehenden, gleiche Rechtsgründe) ihres echten Besitzes, so gebühret dem Geklagten kraft des Besitzes, der Vorzug.«

Aus diesen Bemerkungen ergibt sich auch, daß die Klage aus dem vermutheten Eigenthume gegen den wahren Eigenthümer nicht angestellt werden könne, denn dieser hat nicht nur ein stärkeres, sondern sogar ein ausschließendes Recht, und ist also nicht schuldig einem Andern zu weichen. Wohl aber kann der wahre Eigenthümer sich der Klage aus dem vermutheten Eigenthume bedienen, und er wird es mit Nutzen thun, wenn er zeigen kann, daß sein Gegner nach dem §. 373 nur ein schwächeres Recht hat, weil er sich dadurch den Beweis erleichtert, und doch den nähmlichen Zweck erreicht; denn in Ansehung dessen, was der Geklagte, wenn er sachfällig wird, zu leisten hat, ist zwischen der Klage aus dem wahren, und jener aus dem vermutheten Eigenthume kein Unterschied.

---

[1] S. dessen Erläuterung des §. 373, Nr. 9.

§. 77.

Schutzmittel des bloßen Inhabers gegen die Eigenthumsklage.

(§. 375 des b. G. B.)

»Wer eine Sache in fremdem Nahmen besitzt, kann sich gegen die Eigenthumsklage dadurch schützen, daß er seinen Vormann nahmhaft macht, und sich darüber ausweiset.«

Nur von einem Inhaber kann hier die Rede seyn, nicht von einem Besitzer, weil der Besitz voraussetzt, daß man die Sache im eigenen Nahmen inne habe, oder für sich behalten wolle (§. 310) [1]; doch werden die Ausdrücke: Inhaber und Besitzer, nach dem gemeinen Sprachgebrauche öfter mit einander verwechselt, und man muß annehmen, daß sich das Gesetz hier an den gemeinen Sprachgebrauch gehalten hat, weil es sonst mit sich selbst im Widerspruche wäre.

Wer eine ihm aus dem Besitze entkommene Sache zurück erhalten will, muß den Inhaber derselben um die Zurückstellung angehen; von Seite des bloßen Inhabers ist es aber weder nothwendig noch rathsam, sich auf eine solche Klage einzulassen. Nicht nothwendig, denn der Inhaber behauptet nicht, ein Recht auf die Sache selbst zu haben, sein Verhältniß zur Sache steht mit dem des angeblichen Eigenthümers nicht geradezu im Widerspruche, der Streit ist also eigentlich mit dem zu führen, in dessen Nahmen die Innehabung ausgeübt wird, denn dieser übt ein Recht aus, welches nicht zugleich mit dem, das der Kläger zu haben behauptet, bestehen kann. Es ist aber auch nicht rathsam, daß sich der bloße Inhaber auf die aus dem wahren oder dem vermutheten Eigenthume gegen ihn angestellte Klage einlasse, weil er dadurch demjenigen verantwortlich wird, in dessen Nahmen er die Sache inne hat. Es könnte nähmlich leicht geschehen, daß der Inhaber in dem gegen ihn geführten Pro-

---

[1] S. des Hrn. k. k. Raths Schuster, Beyträge zur Hermeneutik des Oesterreichischen Privatrechtes, in Wagner's Zeitschrift, Jahrgang 1830, 7tes Heft, S. 41.

zesse unterliege, da hingegen sein Vormann hinlängliche Gründe gehabt hätte, sich gegen den Kläger zu vertheidigen; hat nun in einem solchen Falle der Inhaber die Sache herausgeben müssen, so hat er dadurch die Lage seines Vormannes wesentlich verschlimmert, denn mit dem Besitze hat der Sieger auch alle Vortheile des Besitzes erlangt, folglich auch den, daß er nicht mehr zu klagen, sondern sich nur zu vertheidigen nöthig hat. Dadurch kann es geschehen, daß der Vormann des Inhabers die Sache für immer entbehren muß, da er keine stärkeren Rechtsgründe zum Besitze darzuthun im Stande ist, wohl aber mittelst seiner gleich starken Gründe sich im Besitze hätte erhalten können. Will sich also der Inhaber einer solchen Verantwortlichkeit nicht aussetzen, so muß er der gegen ihn angestellten Eigenthumsklage die Einwendung: daß er bloßer Inhaber sey, entgegensetzen, seinen Vormann nahmhaft machen, und sich darüber ausweisen, d. h. darthun, daß er die Sache wirklich bloß im Nahmen eines Andern inne habe, und dieß nicht bloß, um den Kläger aufzuziehen, vorgebe.

Könnte der Inhaber keinen Vormann angeben, indem er die Sache zufällig, z. B. durch das Finden, in seine Macht bekommen hat; so hätte er auf ähnliche Weise, wie in dem Falle des §. 348, die Entscheidung dem Gerichte zu überlassen, ob die Sache demjenigen, der sie anspricht, zu überlassen sey oder nicht.

§. 78.

Besondere, bey der Eigenthumsklage zuweilen eintretende rechtliche Folgen: a. wenn der Geklagte den Besitz läugnet.

(§. 376 des b. G. B.)

»Wer den Besitz einer Sache vor Gericht läugnet und dessen überwiesen wird, muß dem Kläger deßwegen allein schon den Besitz abtreten; doch behält er das Recht, in der Folge seine Eigenthumsklage anzustellen.«

Der Grund dieser Verfügung liegt darin, daß der Geklagte durch ein solches lügenhaftes Läugnen dem Kläger sein Recht zu entziehen sucht, und den Schutz vereitelt, welchen das Gesetz dem

Kläger zu verschaffen beabsichtiget. Das Läugnen außer Gericht hat daher nicht dieselbe nachtheilige Folge.

Das Gesetz verfügt die Abtretung des Besitzes, setzt also voraus, daß der Geklagte wirklich Besitzer sey; allein da es hier eigentlich darauf ankommt, daß die Verfolgung des Eigenthums durch das Läugnen nicht unmöglich gemacht werde, so muß eine ähnliche Folge gegen den Inhaber eintreten, wenn dieser die Innehabung läugnete; der Inhaber wird in gleichem Falle ebenfalls zu verurtheilen seyn, die Sache dem Kläger herauszugeben. Der Nachtheil, welcher hieraus entsteht, wird in den meisten Fällen auch ihn treffen, indem er z. B. dadurch das Recht, die fremde Sache zu gebrauchen, oder sie als Pfand zu behalten, verliert, denn träte nicht ein solches Verhältniß ein, so würde er schwerlich zum Läugnen Zuflucht genommen haben. In so weit aber der Nachtheil denjenigen trifft, in dessen Nahmen er die Sache inne hat, muß sich dieser eben so, wie in dem Falle, wo der Inhaber sich auf die Klage eingelassen, und der im §. 375 ihm eingeräumten Befugniß sich nicht bedient hat, wegen des für ihn hieraus entstandenen Nachtheils an den Inhaber halten.

Die Strafe des lügenhaften Läugnens besteht aber nicht in dem Verluste des Rechtes, welches der Läugnende auf die Sache wirklich hat, er kann also dasselbe durch die Klage aus dem wahren oder dem rechtlich vermutheten Eigenthume geltend machen, und dadurch wieder in den Besitz der abgetretenen Sache gelangen, doch muß er sich nun die Schwierigkeiten, welche mit der Rolle des Klägers verbunden sind, gefallen lassen.

§. 79.

b. Wenn der Geklagte fälschlich zu besitzen vorgibt.

(§. 377 des b. G. B.)

»Wer eine Sache, die er nicht besitzt, zu besitzen vorgibt, und den Kläger dadurch irre führt, haftet für allen daraus entstehenden Schaden.«

Auch dieses Vorgeben kann nur aus der Absicht geschehen, dem Eigenthümer die Verfolgung seines Rechtes dadurch zu

erschweren oder unmöglich zu machen, denn es hat, wenn der Kläger dadurch irre geführt wird, die Folge, daß der Kläger, wenn er seine Sache erlangen will, gegen den wirklichen Inhaber derselben eine neue Klage anstellen muß, folglich in dem Prozesse mit dem vorgeblichen Inhaber Zeit und Kosten umsonst aufgewendet hat. Wurde der Besitz vorgegeben, um dem wirklichen Inhaber der Sache dadurch Gelegenheit zu geben, dieselbe weiter zu veräußern, so kann es auch geschehen, daß die Sache gar nicht wieder zu erlangen ist. In einem und dem andern Falle müßte der Geklagte den durch sein Vorgeben verursachten Schaden, da ihm ein Verschulden zum Grunde liegt, ersetzen (§. 1295).

Die obige Anordnung fände auch Statt, wenn der bloße Inhaber sich nicht der ihm im §. 375 eingeräumten Befugniß bedient, und sein wahres Verhältniß zur Sache nicht angibt, denn dadurch beträgt er sich als Besitzer, der er doch wirklich nicht ist, und kann, wenn er auch besiegt wird, seinem Gegner dadurch den Nachtheil zuziehen, daß dieser, wenn der Vormann des Inhabers auf die Wiedererlangung des Besitzes klagt, in einen neuen Rechtsstreit verwickelt wird, da doch die Sache mit Einem abgethan gewesen wäre, wenn der Inhaber seinen Vormann nahmhaft gemacht, und dadurch dem Kläger seinen wahren Gegner gezeigt hätte.

§. 80.

c. Wenn der Geklagte den Besitz widerrechtlich fahren ließ.

(§. 378 des b. G. B.)

»Wer eine Sache im Besitze hatte, und nach zugestellter Klage fahren ließ, muß sie dem Kläger, wenn dieser sich nicht an den wirklichen Inhaber halten will, auf seine Kosten zurück verschaffen, oder den außerordentlichen Werth derselben ersetzen.«

So bald die Klage dem Besitzer zugestellt wurde, wird der Besitz dadurch zum unredlichen (§. 338), der Geklagte muß also von nun an die Sache als eine fremde ansehen, und ist mit derselben zu verfügen nicht berechtiget. Nimmt er doch eine Verfügung mit ihr vor, indem er den Besitz aufgibt, oder auf einen

Andern überträgt; so kann der Eigenthümer sich zwar an den wirklichen Inhaber halten, und seine Sache zurück verlangen: kann oder will er aber das nicht, weil ihm entweder der jetzige Inhaber der Sache nicht bekannt ist, oder weil er fürchtet, gegen denselben mit seinem Anspruche nicht auszulangen; so kann er denjenigen, welcher den Besitz fahren ließ, verhalten, daß er ihm die Sache auf seine Kosten zurück verschaffe, oder den außerordentlichen Werth derselben, d. i. den Werth des besondern Interesse oder der besondern Vorliebe, verschaffe, weil es sich hier um einen Schaden handelt, welcher vorsetzlich oder durch auffallende Sorglosigkeit verursacht worden ist (§§. 1323 und 1324).

Daß der Geklagte in dem Falle, wo ihm der außerordentliche Werth der Sache ersetzt worden ist, sein Recht auf die Sache abtreten müsse, wie Hr. Hofrath v. Zeiller behauptet [1], ist weder in dem Gesetze angeordnet, noch läßt sich dieß aus allgemeinen Grundsätzen folgern. Denn in dem Werthe ist noch die Sache nicht enthalten, und die Absicht des Gesetzes geht keineswegs dahin, dem Eigenthümer sein Recht zu schmälern; er kann es also gegen den Dritten noch immer ausüben, nur wird, wenn der Eigenthümer seine Sache zurück erhält, derjenige, welcher den Ersatz geleistet hat, in Folge des §. 1435 berechtiget seyn, das zurück zu fordern, was dem Empfänger nicht gebührt hätte, wenn ihm die Sache schon früher hätte zurückgestellt werden können.

§. 81.

Was der Geklagte außer der Herausgabe der Sache noch zu leisten habe.

(§. 379 des b. G. B.)

Die Klage aus dem wahren sowohl, als jene aus dem vermutheten Eigenthume wird gegen den Besitzer der zurückzustellenden Sache, oder den Inhaber derselben, der aber, wenn er sich auf die Klage einläßt, in dieser Rücksicht dem Besitzer gleich zu halten ist, angestellt; es tritt also hier durchaus das Rechtsverhältniß ein, welches sonst zwischen dem Eigenthümer und dem

---

[1] Commentar zu dem §. 378, Nr. 2.

Besitzer Statt hat, der §. 379 beruft sich daher in Ansehung der Nebenverbindlichkeiten, welche der Kläger wegen des ihm entgangenen Nutzens oder verursachten Schadens anzusprechen berechtiget ist, bloß auf die im vorigen Hauptstücke hierüber vorkommenden Bestimmungen, mit den Worten: »Was sowohl der redliche als unredliche Besitzer dem Eigenthümer in Ansehung des entgangenen Nutzens, oder des erlittenen Schadens zu ersetzen habe, ist in dem vorigen Hauptstücke bestimmt worden.«

Drittes Hauptstück.

Von der Erwerbung des Eigenthumes durch Zueignung.

§. 82.

Von der Erwerbung des Eigenthumes überhaupt.

(§. 380 des b. G. B.)

„Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden.“

Das Wort Titel muß, wie schon oben (§. 29) bemerkt worden ist, im zweyfachen Sinne genommen werden. Im weiteren Sinne versteht man darunter den Grund, vermöge dessen es rechtlich möglich ist, ein Recht zu erwerben. Titel im engeren Sinne aber ist der Grund, in Folge dessen man die Herausgabe der Sache von dem Besitzer derselben verlangen kann. Titel im weiteren Sinne wird zur Erwerbung eines jeden Rechtes erfordert, denn auch Personen- und persönliche Rechte können nicht erworben werden, wenn die rechtliche Möglichkeit sie zu erwerben nicht vorhanden ist. Eine Ordensperson z. B. kann nie die Rechte eines Ehegatten, ein zum schweren oder schwersten Kerker Verurtheilter nie die Rechte eines Pächters, Darleihers ꝛc. erwerben, wenn gleich jene eine Ehe eingeht, dieser einen Bestand-, Darleihensvertrag ꝛc. schließt [1].

Erwerbungsart ist das Factum, durch welches die vermöge des Titels mögliche Erwerbung der Sache wirklich wird, z. B. wenn die Sache ergriffen, oder die Frucht von der Hauptsache abgesondert wird.

---

[1] Es ist daher eine nicht allerdings richtige, und von den neueren Schriftstellern über das Römische Recht längst widerlegte Theorie, den Titel als ein Erforderniß zur Erwerbung des Eigenthums überhaupt darzustellen. (S. Glück's Erläuterung der Pandecten, 8. Bd. S. 83). Doch schadet dieß im Wesentlichen nicht, wenn man nur genau die zweyfache Bedeutung des Wortes Titel unterscheidet.

Wird das Wort Titel in der weiteren Bedeutung genommen, so muß der Titel der Erwerbungsart der Regel nach vorausgehen, denn was wirklich werden soll, muß möglich seyn; zuweilen fallen aber beyde Erfordernisse so zusammen, daß mit der Existenz des einen auch das andere vorhanden ist, wie dieser Fall oft bey der Erwerbung durch den Zuwachs eintritt.

§. 83.

Von der Erwerbung durch Zueignung.

(§. 381 des b. G. B.)

Die Erwerbung des Eigenthums ist entweder eine unmittelbare, ursprüngliche, oder eine mittelbare, abgeleitete, je nachdem man eine freystehende, keinen Herrn habende, oder eine solche Sache erwirbt, welche sich in dem Eigenthume eines Andern befindet. Arten der ersten sind: die Zueignung und zum Theile die Erwerbung durch Zuwachs; die Arten der andern: der Zuwachs in Beziehung auf die Sachen, welche schon einen Herrn haben, und die Erwerbung durch Uebergabe.

»Bey freystehenden Sachen besteht der Titel in der angebornen Freyheit, sie in Besitz zu nehmen. Die Erwerbungsart ist die Zueignung, wodurch man sich einer freystehenden Sache bemächtiget, in der Absicht, sie als die seinige zu behandeln.«

Die Zueignung (occupatio) ist also die Ergreifung einer freystehenden Sache in der Absicht, sie als die seinige zu behalten. Sie setzt 1. freystehende Sachen voraus, d. i. solche, welche noch gar nie einen Herrn hatten, oder welche sich zwar schon im Eigenthume befanden, aber von dem Eigenthümer verlassen worden sind, oder deren Eigenthümer nicht erforscht werden kann, wie dieß bey den nach und nach angespühlten Erdtheilen, oder einem Schatze der Fall ist. Die Möglichkeit, solche Sachen zu erwerben (Titel im weiteren Sinne) liegt eben in der Beschaffenheit derselben und dem angebornen Rechte des Menschen, sich der Sachen zu seinem willkürlichen Gebrauche zu bedienen, in so weit dadurch kein Eingriff in fremde Rechte geschieht. 2. Setzt

die Occupation voraus, daß man die Sache ergreife, oder in seine Macht bringe; und zwar 3. in der Absicht, sie als die seinige zu behalten, und daß man diese Absicht auf eine, Andern erkennbare Weise an den Tag lege, damit diese sich in ihrem Verhalten darnach richten, und der Ergreifung der nähmlichen Sache enthalten. Wie dieß geschehen könne, hängt, wie bey der Besitzergreifung (oben §. 25, S. 37) von der verschiedenen Beschaffenheit der Sache ab.

§. 84.

Wem die Befugniß, sich Sachen zuzueignen, zustehe.

(§. 382 des b. G. B.)

»Freystehende Sachen können von allen Mitgliedern des Staates durch die Zueignung erworben werden, in so fern dieses Befugniß nicht durch politische Gesetze eingeschränkt ist, oder einigen Mitgliedern das Vorrecht der Zueignung zusteht.«

Nach dem Ausdrucke dieses Paragraphes könnte es scheinen, daß nur Mitglieder unsers Staates zur Zueignung berechtiget seyen, allein da Fremde überhaupt gleiche bürgerliche Rechte mit den Eingebornen haben (§. 33); so kann man nicht annehmen, daß hier von den Staatsbürgern Erwähnung gemacht worden ist, um die Fremden dadurch auszuschließen, sondern vielmehr darum, weil das Gesetz überhaupt die Einheimischen zunächst vor Augen hat, die Anwendung auf Fremde aber nach den Grundsätzen geschehen muß, welche in den §§. 33—38 enthalten sind. Diese Auslegung wird durch den §. 287 bestätiget, wo auch nur von Mitgliedern des Staats Erwähnung geschieht, aber als ein allgemeines oder öffentliches Gut solche Sachen genannt werden, deren Gebrauch auch den Fremden ungezweifelt zusteht.

Die Befugniß zur Zueignung ist also allgemein, und wer eine Beschränkung behauptet, hat den Beweis zu führen, in so fern sich eine solche nicht aus allgemeinen politischen Anordnungen, dergleichen später bey dem §. 385 vorkommen werden, ergibt. Hiernach wurde auch durch das Hofdecret vom 6. August 1790 an

das Böhmische Gubernium [1] entschieden: daß der Bergbau auf Steinkohlen sowohl, als auch auf alle anderen metallischen und mineralischen Erzeugnisse auch den Unterthanen unter Beobachtung der Berggesetze freystehe. Eben so gehöre die Benützung der Steinbrüche aller Art, so wie die Ziegelerzeugung nicht unter die Regalien, und stehe jedem Eigenthümer auf seinem Grunde frey [2].

Beyspiele eines, einigen Mitgliedern zustehenden Vorrechtes zur Zueignung, sind: das den Obrigkeiten in Böhmen eingeräumte Recht zur Benützung der Granaten als Edelsteine, vermöge dessen sie dieselben auch auf Unterthansgründen für sich zu sammeln, ausschließend befugt sind [3], und das dem Staate und den Grundeigenthümern vorbehaltene Recht auf einen Antheil an einem gefundenen Schatze (§. 399).

§. 85.

Von den einzelnen Arten der Zueignung, und zwar: 1. von dem Thierfange.

(§§. 383 und 384 des b. G. B.)

Die Arten der Zueignung sind: der Thierfang, das Finden, und die Besitzergreifung freystehender unbeweglicher Sachen. Das Gesetzbuch handelt aber in diesem Hauptstücke auch von dem Finden verlorner, verborgener Sachen und der Schätze, weil dergleichen Sachen, in so fern der Eigenthümer derselben nicht ausgeforscht werden kann, den freystehenden gleichgehalten werden. Dann wird in diesem Hauptstücke auch von der Beute Erwähnung gemacht, weil nach der Ansicht der Römer die Sachen des Feindes herrenlos, folglich ein Gegenstand der Occupation sind, daher es gewöhnlich wurde, bey der Erwerbung durch Occupation überhaupt auch von der Beute zu handeln.

Unter dem Thierfange ist die Occupation herrenloser, lebendiger Sachen überhaupt zu verstehen, der Thierfang begreift

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 87.

[2] Hofkanzleydecrete vom 4. Februar und 11. März 1819. Eben daselbst S. 88.

[3] Hofdecret vom 30. November 1789. Eben daselbst S. 90.

also die Jagd, den Fisch- und Vogelfang. Was in dem vorigen Paragraphe von der Zueignung überhaupt gesagt worden ist, »dieses gilt insbesondere von dem Thierfange. Wem das Recht zu jagen oder zu fischen gebühre; wie der übermäßige Anwachs des Wildes gehemmet, und der vom Wilde verursachte Schade ersetzt werde; wie der Honigraub, der durch fremde Bienen geschieht, zu verhindern sey; ist in den politischen Gesetzen festgesetzt. Wie Wilddiebe zu bestrafen seyen, wird in den Strafgesetzen bestimmt.« (§. 383.)

Die Jagd steht nicht jedermann frey, und wurde in den deutschen Ländern gewöhnlich unter die Regalien gerechnet [1]; dieß gilt insbesondere auch von den Oesterreichischen Ländern, und nur durch besondere Verleihung, oder langjährige Ausübung wurde das Jagdrecht überhaupt, oder unter gewissen Beschränkungen, als hohe oder niedere Jagd, mit dem Grundeigenthume verbunden [2]. Wie nun das Jagdrecht ausgeübt werden könne, bestimmt die unter dem 28. Februar 1786 für die damahligen Oesterreichischen Provinzen, mit Aufhebung aller früheren Jagdgesetze kundgemachte und auch in den meisten neuerworbenen Provinzen eingeführte Jagdordnung [3].

Ueber das Recht zu fischen enthält der Tractatus de juribus incorporalibus in dem 10. Tit. und die Fischerordung vom 21. März 1771 nähere Bestimmungen. In Ansehung der Seefischerey wurde die von der k. k. Hofkanzley getroffene Verfügung, nach welcher den Küstenbewohnern nur auf eine Seemeile weit die Fischerey ausschließend vorbehalten, weiterhin aber In- und

---

[1] Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechtes, §§. 270 und folgende.

[2] Tractatus de juribus incorporalibus, 9. Tit. Donner Einleitung zur Kenntniß der Oesterreichischen Rechte, 2. Buch, 2. Tit. §. 10.

[3] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 91 und folg. Für das Lombardisch-Venetianische Königreich enthält die Kundmachung des k. k. Guberniums zu Mailand vom 16. May 1831 (s. Wagner's Zeitschrift, Jahrgang 1831, 7tes Heft, Notizenblatt S. 288), wie die Jagd ausgeübt werden könne.

Ausländern frey gegeben ist, auch auf die Militärküste ausgedehnt [1].

Zur Verhüthung des Honigraubes ist dem Eigenthümer nur gestattet, fremde Bienen von den eigenen Stöcken durch unschädliche Mittel, z. B. Bespritzen derselben, abzuhalten, nicht aber sie zu tödten [2].

Die Strafen gegen die Wilddiebe enthalten die §§. 154, 157 und 158 des I., dann der §. 210 des II. Theils des Strafgesetzbuches.

Gegenstand des Thierfanges sind nur wilde Thiere, d. i. solche, welche den Menschen fliehen; zahme, d. i. solche, deren Gattung schon an den Menschen gewöhnt ist, wie Hunde, Hühner, Schafe ꝛc., und zahm gemachte, d. i. solche, die, ungeachtet sie sonst in dem Zustande der Wildheit gefunden werden, an den Menschen gewöhnt sind, z. B. Rehe, Bienen, Tauben ꝛc., darf man sich nicht zueignen. Der §. 384 verfügt hierüber: »Häusliche Bienenschwärme und andere zahme oder zahm gemachte Thiere sind kein Gegenstand des freyen Thierfanges, vielmehr hat der Eigenthümer das Recht, sie auf fremdem Grunde zu verfolgen; doch soll er dem Grundbesitzer den ihm etwa verursachten Schaden ersetzen.«

Sind zahme oder zahm gemachte Thiere ihrem Herrn entkommen, und dieser kann sie nicht verfolgen, weil er nicht weiß, wo sie sich befinden; so müssen sie nach der Analogie der Vorschriften behandelt werden, welche in Ansehung des Findens verlorner Sachen folgen werden. Zahm gemachte Thiere können auch wieder ein Gegenstand der Zueignung werden, wenn sie in den vorigen Zustand der Wildheit gelangen. Wann dieß angenommen werden darf, bestimmt der §. 384 folgender Maßen: »Im Falle, daß der Eigenthümer des Mutterstockes den Schwarm durch zwey Tage nicht verfolgt hat; oder, daß ein zahmgemach-

---

[1] Verordnung des k. k. Hofkriegsraths vom 29. April 1824. B. 1843. S. die Sammlung der Militär-Gesetze, 7ter Jahrgang, S. 47.

[2] Verordnung vom 1. April 1775. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 89.

tes Thier durch zwey und vierzig Tage von ſelbſt ausgeblieben iſt, kann ſie auf gemeinem Grunde jedermann, auf dem ſeinigen der Grundeigenthümer für ſich nehmen und behalten.«

Das Eigenthum des Bienenſchwarms geht alſo verloren, wenn der Eigenthümer binnen zwey Tagen ſein Recht auf denſelben nicht ausübt, der Schwarm iſt dadurch zueignungsfähig geworden. Bey einem zahm gemachten Thiere, welches durch 42 Tage von ſelbſt, d. i. ohne daß jemand ſeiner Rückkehr ein Hinderniß gelegt hat, ausgeblieben iſt, hat die Zähmung zu wirken aufgehört, und es iſt wieder ein wildes geworden, folglich kann es, vorausgeſetzt, daß es ein ſolches iſt, deſſen Ergreifung nicht einem Jagdberechtigten vorbehalten iſt, auf gemeinem Grunde jedermann, auf dem ſeinigen aber der Grundeigenthümer ſich zueignen. Gehörte das Thier zu denjenigen, welche den Jagdberechtigten vorbehalten ſind, z. B. wenn es ein Hirſch oder Reh wäre; ſo dürfte es auch nur von dem Berechtigten ergriffen oder erlegt werden. Wenn ein entkommenes zahm gemachtes Thier vor 42 Tagen von jemanden in der Meinung, daß es ein wildes ſey, ergriffen worden wäre, ſo müßte es dem Eigenthümer, ſobald er ſein Recht auf dasſelbe darthut, herausgegeben werden, denn durch die Ergreifung konnte es zu der Zeit, wo es noch nicht eine freyſtehende Sache geworden war, nicht erworben werden; ja, ein ſolches Thier könnte nicht einmahl erſeſſen werden, da der Beſitzer desſelben keinen Titel zu ſeinem Beſitze hat, folglich kein rechtmäßiger iſt.

§. 86.

2. Von dem Finden freyſtehender Sachen.

(§§. 385 und 386 des b. G. B.)

Das Finden als urſprüngliche Erwerbungsart beſteht in der Ergreifung einer beweglichen, unbelebten, freyſtehenden Sache, in der Abſicht, ſie als die ſeinige zu behalten. Gegenſtände desſelben ſind alſo bewegliche unbelebte Sachen, welche nie einen Herrn hatten, z. B. Natur-Erzeugniſſe, auf welche Niemand ein ausſchließendes oder vorzügliches Recht hat, Auswürfe des

Meeres, u. dgl.; oder Sachen, welche sich zwar schon in dem Privat-Eigenthume befanden, aber von ihrem Eigenthümer wieder frey gegeben worden sind. Von diesen heißt es im §. 386: »Bewegliche Sachen, welche der Eigenthümer nicht mehr als die seinigen behalten will, und daher verläßt, kann sich jedes Mitglied des Staates eigen machen.«

In Beziehung auf die ursprünglich freystehenden Sachen macht der §. 385 die Beschränkung: »Keine Privat-Person ist berechtigt, die dem Staate durch die politischen Verordnungen vorbehaltenen Erzeugnisse sich zuzueignen.«

Unter die dem Staate vorbehaltenen Erzeugnisse gehören alle Metalle und sonstigen Mineralien. Das Salz und der Salpeter sind auch zur Gewinnung und Ausbeutung dem Staate ausschließend vorbehalten; auf andere Mineralien kann aber nur nach gehörig geschehener Anmeldung des Fundes eines Erzanbruches und auf die Bitte um die berggerichtliche Verleihung (Muthung) und die nachher ertheilte Bewilligung zum Bergbaue (Belehnung), unter der Aufsicht der Staatsverwaltung, und gegen Abgabe des Bergzehents gebauet werden [1]. Nicht die Muthung, sondern erst die Belehnung gibt das Recht zum Betriebe des Bergbaues, daher wurde durch Justiz-Hofdecret vom 14. October 1831 angeordnet, daß auf Muthungen zum Bergbau und die darüber ausgefertigten, keine Belehnung enthaltenden Muthscheine, keine gerichtliche Einverleibung oder Vormerkung Statt finde [2].

---

[1] S. die wesentlichsten Verordnungen hierüber in meinem Handbuche 2. Bd. S. 99 — 102. Der Inbegriff der Bestimmungen, nach welchen der Bergbau von Privaten betrieben werden darf, und die hierüber entstandenen Streitigkeiten geschlichtet werden, macht den Gegenstand des Bergrechtes aus. S. das Bergrecht des Oesterreichischen Kaiserreiches von Jos. Tausch. Klagenfurt 1822, und das Bergrecht in den sämmtlichen k. k. österreichischen Staaten von Joh. v. Jung. Wien 1822.

[2] S. Wagner's Zeitschrift J. 1831, 10. H. Notizenblatt S 446.

§. 87.

3. Von der Erwerbung freystehender unbeweglicher Sachen.

(§. 387 des b. G. B.)

»In wie fern Grundstücke wegen gänzlicher Unterlassung ihres Anbaues, oder Gebäude wegen der unterlassenen Herstellung für verlassen anzusehen, oder einzuziehen seyen, bestimmen die politischen Gesetze.«

Dem Eigenthümer steht es im Allgemeinen zwar frey, seine Sache auch unbenutzt zu lassen; allein bey unbeweglichen Sachen muß des allgemeinen Wohles wegen darauf gesehen werden, daß die Gründe fleißig bebauet, und die Gebäude nicht im verfallenen Zustande gelassen werden. Hinsichtlich der Benützung so genannter öder Gründe unterscheidet das Patent vom 17. April 1784 [1], a) solche Gründe, welche bereits vor 1750, als dem Normaljahre der Steuer-Rectification, öde waren; b) solche, die aus Mangel eines Besitzers nachher verödet sind; c) Gründe, welche von Grundholden besessen und versteuert, aber ungebauet gelassen werden. Derjenige, welcher Gründe der ersten Art bebauet, ist durch 20 Jahre von allen landesfürstlichen, grundobrigkeitlichen und Zehent-Abgaben frey; von den Gründen der zweyten Art müssen zwar die landesfürstlichen Steuern entrichtet werden, aber der Bebauer derselben genießt durch 10 Jahre Befreyung von dem Zehente und den übrigen obrigkeitlichen Entrichtungen; und die Gründe dieser beiden Arten werden demjenigen, der die Bebauung derselben übernimmt, unentgeldlich zum Eigenthume überlassen. Bey den Gründen der dritten Art soll der Besitzer von der Grundobrigkeit durch drey Jahre ermahnt, nach Verlauf derselben aber abgestiftet werden.

Die verwahrloseten Gebäude in den Städten sollen nach vorgenommener Schätzung an den Meistbiethenden mit der Verbindlichkeit, dieselben gehörig herzustellen, überlassen werden. Diese in andern Provinzen schon früher bestehende Verfügung

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 102.

wurde durch Hofdecret vom 1. July 1784 auch auf Galizien ausgedehnt [1].

§. 88.

4. Von dem Finden verlorner Sachen.

(§. 388 des b. G. B.)

Sachen, die schon einen Herrn hatten, sind, wie schon bemerkt worden ist, nur dann ein Gegenstand der Zueignung, wenn sie von demselben verlassen wurden; daß dieß aber geschehen sey, muß aus den Worten oder Handlungen des Eigenthümers klar zu entnehmen seyn. Denn daß jemand ohne besondere Gründe sein Eigenthum aufgebe, läßt sich nicht annehmen, da man vielmehr aus einem natürlichen Triebe und aus Macht der Gewohnheit das zu erhalten sucht, was man einmahl besitzt. Daher stellt auch der §. 388 die Regel auf: »Es ist im Zweifel nicht zu vermuthen, daß jemand sein Eigenthum wolle fahren lassen; daher darf kein Finder eine gefundene Sache für verlassen ansehen und sich dieselbe zueignen.«

Ist es aber überhaupt nicht zu vermuthen, daß jemand sein Eigenthum wolle fahren lassen, so kann dieß um so weniger vorausgesetzt werden, wenn Umstände eintreten, welche zeigen, daß es gar nicht in der Absicht des Eigenthümers lag, sich seiner Sache zu begeben, sondern wo er nur durch Zufall oder Einwirkung äußerer Gewalt aus dem Besitze gekommen ist, oder, um größeren Unfällen zu entgehen, dieselbe aus seinem Besitze lassen mußte. Dieß ist der Fall, wenn bey einem Schiffbruche oder dem Stranden des Schiffes Waaren über Bord geworfen, oder die Schiffe selbst verlassen werden. Dessen ungeachtet hat man vormahls solche auf den Strand oder das Meeresufer ausgeworfene Güter, oder die auf demselben sitzen gebliebenen Schiffe als einen Gegenstand der Zueignung für den Herrn des Ufergebiethes oder die Strandbewohner angesehen, und sie ganz oder zum Theile als eigen behalten. Man nannte die vorausgesetzte Befugniß zu dieser Erwerbung das Strandrecht [2]. Nach der vorausge-

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 105.

[2] S. Jacobson's Seerecht. Altona 1815; und Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechtes §. 145.

schickten Regel: daß die Aufgebung des Eigenthums nicht zu vermuthen ist, setzt der §. 388 hinzu: »Noch weniger darf sich jemand des Strandrechtes anmaßen.«

§. 89.

Was bey dem Finden verlorner Sachen zu beobachten ist.

(§§. 389 und 390 des b. G. B.)

Im Allgemeinen ist niemand schuldig, fremde Sachen in Verwahrung zu nehmen, folglich auch nicht verlorne, die man zufällig entdeckt, zu ergreifen und zurück zu stellen. Wer aber eine Sache zu sich genommen hat, von der er voraussetzen muß, daß sie bloß vorloren sey, der hat die Verbindlichkeit, sie dem vorigen Besitzer oder Inhaber derselben, wofern er bekannt ist, zurück zu stellen, und zwar sogleich, d. i. ohne unnöthigen Aufschub (§. 904), längstens aber innerhalb acht Tagen nach gemachtem Funde, weil auch die Kundmachung, falls der vorige Inhaber nicht bekannt ist, innerhalb dieses Zeitraumes geschehen muß. Ist der vorige Inhaber der Sache dem Finder nicht bekannt, so sind solche Anstalten zu treffen, daß er erfahren könne, wo sich die verlorne Sache nun befinde, um sein Recht darauf geltend machen zu können. Der §. 389 schreibt in dieser Hinsicht vor: »Der Finder ist also verbunden, dem vorigen Besitzer, wenn er aus den Merkmahlen der Sache, oder aus andern Umständen deutlich erkannt wird, die Sache zurück zu geben. Ist ihm der vorige Besitzer nicht bekannt, so muß er, wenn das Gefundene Einen Gulden am Werthe übersteigt, den Fund innerhalb acht Tagen auf die an jedem Orte gewöhnliche Art bekannt machen lassen, und wenn die gefundene Sache mehr als zwölf Gulden werth ist, den Vorfall der Ortsobrigkeit anzeigen.«

Der Werth des Gefundenen kommt vorzüglich in Betrachtung, weil der Aufwand von Mühe und Kosten, um den vorigen Inhaber zu entdecken, mit dem Vortheile in ein angemessenes Verhältniß gesetzt werden muß, welcher dadurch erreicht werden

soll. Bey Sachen, deren Werth nicht einmahl Einen Gulden übersteigt, wird es daher bloß der Gewissenhaftigkeit des Finders überlassen, was er, um die Sache ihrem Besitzer wieder zu verschaffen, thun wolle. Daß er aber nicht berechtiget ist, sich eine solche Sache sogleich zuzueignen, sondern sie so lange, bis er sie nach Maßgabe des §. 392 als die seinige behalten kann, als eine fremde Sache verwahren, und sie dem früheren Inhaber auf sein Begehren herausgeben muß, kann nach der Verfügung des §. 388 nicht bezweifelt werden [1].

Beträgt der Werth der gefundenen Sache nicht über 12 Gulden, so ist die Kundmachung des Fundes durch Ausruf, Verkündigung durch den Seelsorger, oder auf eine andere an dem jeweiligen Orte gewöhnliche Weise vorzunehmen; bey höherem Werthe aber die Anzeige bey der Ortsobrigkeit, unter welcher die politische Behörde, welche über Ordnung und Sicherheit zu wachen hat, verstanden wird, zu machen.

»Die Obrigkeit hat die gemachte Anzeige, ohne die besondern Merkmahle der gefundenen Sache zu berühren, ungesäumt auf die an jedem Orte gewöhnliche Art; wenn aber der Eigenthümer in einer den Umständen angemessenen Zeitfrist sich nicht entdecket, und der Werth der gefundenen Sache fünf und zwanzig Gulden übersteigt, drey Mahl durch die öffentlichen Zeitungsblätter bekannt zu machen.«

Der Obrigkeit wird also obliegen, die Umstände des Fundes genau zu erforschen, darüber ein Protokoll aufzunehmen, und diejenigen bekannt zu machen, deren Kenntniß nothwendig ist, damit derjenige, welcher ein Recht auf die Sache hat, dasselbe geltend machen könne. Die besonderen Merkmahle der Sache dürfen nicht berührt werden, weil vorzüglich daraus, daß sie jemand genau anzugeben im Stande ist, beurtheilt werden kann, daß er die Sache vorher im Besitze gehabt habe.

Die Bestimmung des Werthes scheint außer denjenigen Fällen, wo bares Geld gefunden worden ist, in den Provinzen,

---

[1] S. des Hrn. Professors Graßl Beytrag zur Lehre vom Finden verlorner Sachen, in Wagner's Zeitschrift J. 1831, 12. H. S. 298.

wo Papiergeld gesetzlichen Umlauf hat, nach Wiener Währung geschehen zu müssen, denn zur Zeit der Kundmachung des Gesetzbuches war die Wiener Währung in Folge des Patentes vom 20. Febr. 1811, §. 8. die einzige gesetzliche Valuta für das Inland, und laut des Hofdecretes vom 25. Oktober 1817 [1], streitet auch noch die Vermuthung für die Wiener Währung, wenn nicht eine andere Valuta bestimmt worden ist. Besteht das Gefundene in barem Gelde, so bedarf es keiner Schätzung und der gesetzliche Werth des Papiergeldes oder der Münzen dient allein zum Maßstabe. In den Provinzen, wo das Papiergeld nicht eingeführt ist, wäre die Schätzung nach der dort gesetzlichen Valuta der Conv. Münze vorzunehmen.

Der Ortsobrigkeit liegt auch ob, dafür zu sorgen, daß demjenigen, der Anspruch auf die Sache hat, sein Recht nicht vereitelt werde. In dieser Hinsicht bestimmt der §. 390 weiter: »Kann die gefundene Sache nicht ohne Gefahr in den Händen des Finders gelassen werden, so muß die Sache, oder, wenn diese nicht ohne merklichen Schaden aufbewahrt werden könnte, der durch die öffentliche Feilbiethung daraus gelöste Werth gerichtlich hinterlegt, oder einem Dritten zur Verwahrung übergeben werden.«

Der Dritte, dem die Sache übergeben werden soll, muß nach der offenbaren Absicht des Gesetzes eine zuverlässige Person seyn, bey welcher die Sache einer Gefahr der Verschlimmerung oder Verschleppung nicht ausgesetzt ist, er darf daher nicht von dem Finder gewählt, sondern muß von dem Gerichte als Curator oder Sequester aufgestellt werden.

§. 90.

Rechte des Finders: a) auf den Finderlohn.

(§. 391 des b. G. B.)

»Wenn sich der vorige Inhaber oder Eigenthümer der gefundenen Sache in einer Jahresfrist, von der Zeit

---

[1] S. mein Handbuch 1. Bd. S. 18.

der vollendeten Kundmachung, meldet, und sein Recht gehörig darthut, wird ihm die Sache oder das daraus gelöste Geld verabfolget. Er ist jedoch verbunden, die Auslagen zu vergüten, und dem Finder auf Verlangen Zehen von Hundert des gemeinen Werthes als Finderlohn zu entrichten. Wenn aber nach dieser Berechnung die Belohnung eine Summe von tausend Gulden erreicht hat; so soll sie in Rücksicht des Uebermaßes nur zu Fünf von Hundert ausgemessen werden.«

Die gefundene Sache ist dem vorigen Inhaber oder Eigenthümer zurück zu stellen; der Inhaber wird also hier dem Eigenthümer gleichgestellt, theils weil er als Stellvertreter des Besitzers oder Eigenthümers für die Erhaltung der Sache zu sorgen hat; theils weil ihm auch wegen seines eigenen Rechtes, welches er z. B. als Pfandgläubiger hat, daran gelegen seyn kann, die Sache zurück zu erhalten. Der Beweis, die Sache inne gehabt zu haben, genügt in diesem Falle um so mehr, als es sich nur um Herstellung des durch das Verlieren gestörten Zustandes, nicht aber um die Entscheidung über die Zuständigkeit des Rechtes handelt. Demjenigen, der vermöge eines stärkeren Rechtes auf die Sache Anspruch macht, steht es immer frey, denselben gegen den Inhaber geltend zu machen, so wie er dieß auch, wenn die Sache nicht verloren worden wäre, hätte thun müssen.

Die Frist eines Jahres von der Zeit der vollendeten oder letzten Kundmachung wird hier bestimmt, nicht als ob der vorige Inhaber auf dieselbe beschränkt wäre, sondern weil, wie aus dem folgenden Paragraphe erhellt, nach Verlauf dieser Frist dem Finder besondere Befugnisse eingeräumt werden. Der Finder ist berechtiget von dem sich ausweisenden Eigenthümer oder Inhaber den Ersatz der Auslagen, und den im Paragraphe bestimmten Finderlohn zu begehren, und dieß zwar nicht nur, wie es nach diesem Paragraphe scheinen könnte, dann, wenn bereits die Kundmachung vollendet war, sondern auch in dem Falle, wo der Berechtigte sogleich erkannt wurde. Denn 1. tritt der Grund, aus welchem das Gesetz dem Finder einen Lohn bestimmt, nähmlich um ihn durch Zugestehung eines Theiles des Werthes der

Sache um so gewisser zur Zurückstellung zu bestimmen, auch dann im vollen Maße ein, wenn der vorige Inhaber der Sache sogleich erkannt wird. 2. Erklärt sich sehr wohl, warum das Gesetz erst in diesem Paragraphe, und nicht auch schon in dem §. 389 von dem Finderlohne Meldung macht, weil nähmlich die §§. 389 und 390 bloß enthalten, was mit der gefundenen Sache zum Schutze der Rechte des vorigen Inhabers vorzukehren ist, der §. 391 aber erst die Befugnisse des Finders zu behandeln anfängt. 3. Bedroht der §. 393 denjenigen, welcher die Vorschriften der §§. 388—392 außer Acht läßt, mit dem Verluste des Finderlohnes, und bestätiget also dadurch, daß der Finder einen Lohn anzusprechen hat, wenn auch die Fälle der §§. 389 und 390 eintreten, d. i. der vorige Inhaber sogleich kennbar ist, oder vor vollendeter Kundmachung bekannt wurde. 4. Endlich enthält der §. 396 ausdrücklich, daß der Finder eines vorborgenen Gegenstandes einen Finderlohn auch dann fordern könne, wenn der Eigenthümer desselben sogleich erkannt wurde, beweist also dadurch, daß der Anspruch auf den Finderlohn nicht von der größeren Schwierigkeit, den vorigen Inhaber auszuforschen, abhängt[1].

Daß der Finder in dem Falle, wo der vorige Inhaber für die Zurückstellung der Sache eine größere, als die gesetzliche Belohnung versprochen hat, diese zu fordern berechtiget sey, ergibt sich daraus, daß er durch das öffentlich gemachte Versprechen zur Annahme desselben berechtiget wurde, durch die Forderung dieser Belohnung aber zeigt, daß er es wirklich angenommen habe. Hätte es den vorigen Inhaber gereuet, eine größere Belohnung versprochen zu haben; so müßte er seine Willensänderung eben so, wie vorher das gemachte Versprechen, bekannt machen, und nur in so fern dieß vor dem Funde wirklich geschehen ist, müßte sich der Finder mit der gesetzlich ausgemessenen Belohnung begnügen. Eine geringere, als die gesetzliche, anzunehmen, wäre er selbst in dem Falle nicht schuldig, wo der Eigenthümer nur

---

[1] S. des Hrn. Professors Helm Beantwortung der Frage, ob der Finder einer Sache, deren Eigenthümer sogleich erkannt wird, einen Finderlohn ansprechen könne? In Wagner's Zeitschrift J. 1826, 8. Heft, S. 51.

eine solche, z. B. 100 fl. wenn die Sache 1500 fl. werth ist, verheißen hat, denn die Verbindlichkeit, den Finderlohn zu bezahlen, entspringt unmittelbar aus dem Gesetze, und eine Modification in derselben kann nur durch wechselseitiges Uebereinkommen, nicht aber durch einseitiges Wollen, Statt finden.

§. 91.

b) Recht, die gefundene Sache zu benützen.

(§. 392 des b. G. B.)

»Wird die gefundene Sache innerhalb der Jahresfrist von niemanden mit Recht angesprochen, so erhält der Finder das Recht, die Sache oder den daraus gelösten Werth zu benützen.«

Nach einem Jahre wird dem Finder die Benützung der Sache zugestanden, weil es nun schon einiger Maßen wahrscheinlich ist, daß sich niemand mehr um dieselbe melden wird. Unter dem Rechte, die Sache zu benützen kann wohl nichts Anderes als die Fruchtnießung derselben verstanden werden, d. i. das Recht, die Sache mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkung zu genießen (§. 509), indem das Gesetz von der Benützung spricht, und keine Einschränkung beysetzt. Der Finder wird also berechtiget seyn, eine unverbrauchbare Sache auf die gewöhnliche Weise zu verwenden, z. B. den Ring oder die Uhr zu tragen; mit verbrauchbaren Sachen aber, folglich auch mit barem Gelde, nach Belieben zu verfügen (§. 510), d. i. sie unmittelbar zu seinem Genusse, oder so zu verwenden, daß Nutzungen daraus entstehen, also das Geld in seinem Handel oder seiner Wirthschaft zu verwenden, oder es fruchtbringend anzulegen. Kann die Sache oder der dafür gelöste Werth dem Finder nicht ohne Gefahr überlassen werden; so wäre er zur Sicherstellung zu verhalten, und, falls diese nicht geleistet würde, die gerichtliche Verwaltung derselben einzuleiten.

»Meldet sich der vorige Inhaber in der Folge, so muß ihm nach Abzug der Kosten und des Finderlohnes die Sache, oder der gelöste Werth sammt den etwa daraus gezogenen Zinsen zurückgestellt werden.«

Von Zurückstellung der Zinsen kann also nur in dem Falle die Rede seyn, wo solche wirklich bezogen, folglich das gefundene bare Geld, oder der für die gefundene Sache gelöste Werth gegen Verzinsung angelegt wurde. Hat der Finder das Geld auf eine andere Art benützt, oder aus der gefundenen Sache einen andern Nutzen, als Zinsen, bezogen, so hat er davon nichts herauszugeben, und das Gesetz scheint darum zwischen den gezogenen Zinsen und einem andern Nutzen einen Unterschied zu machen, weil der Betrag jener bestimmt, der Betrag dieses aber schwer auszumitteln ist, ein anderer Gebrauch auch von der Art seyn kann, daß er gar keinen im Gelde zu bestimmenden Werth hat, z. B. das Tragen eines Ringes.

Die zur Einbringung, zur Erhaltung der gefundenen Sache, oder zur Bekanntmachung des Fundes verwendeten Kosten können vor der Zurückstellung abgezogen werden, wenn dieß nähmlich sogleich thunlich ist, weil das Zurückzustellende in barem Gelde besteht. Tritt aber dieser Fall nicht ein, so hat der vorige Inhaber diese Auslagen in Barem zu vergüten, und der Finder ist, weil nach den Worten des Gesetzes die Berichtigung der Kosten vorausgehen soll, die Sache erst, nachdem dieses geschehen ist, herauszugeben schuldig; er hat also das Recht die fremde Sache aus diesem Grunde zurück zu halten, obgleich sonst ein Retentionsrecht nicht Statt findet (oben §. 51, S. 79).

§. 92.

c) Recht, die gefundene Sache als eigen zu erwerben.

»Erst nach der Verjährungszeit erlangt der Finder, gleich einem redlichen Besitzer, das Eigenthumsrecht.« (§. 392).

Ist die Kundmachung des Fundes gehörig veranstaltet worden, und es meldet sich während der Verjährungszeit niemand, der ein Recht auf die Sache ausweisen könnte, so geht diese vermöge der gesetzlichen Verfügung in das Eigenthum des Finders über. Daß dieß nicht vermittelst der Ersitzung geschehe, ist schon daraus zu ersehen, daß der Finder, wenn auch die gefundene Sache in seinen Händen gelassen, oder ihm das Benützungsrecht

auf dieselbe eingeräumt worden ist, doch blosser Inhaber, nicht aber Besitzer derselben ist, ohne Besitz gibt es aber keine Ersitzung, indem bey der Ersitzung gerade vermöge des gesetzlichen Besitzes das verjährte Recht erworben wird (§. 1452); daher heißt es auch in dem obigen Paragraphe, er erlange gleich einem redlichen Besitzer, nicht aber als solcher, das Eigenthumsrecht. Ferner ließe sich, wenn man eine Ersitzung voraussetzen wollte, diese im Gesetze dem Finder ohne Beschränkung zugestandene Erwerbung in dem Falle nicht erklären, wo ihm die gefundene Sache entweder gar nicht anvertraut wurde, oder die gefundene Sache veräußert worden ist, und ihm bloß der Werth zur Benützung überlassen wurde, denn in diesen Fällen hat nicht einmahl die Detention, noch weniger der Besitz der gefundenen Sache Statt [1].

Aber auch durch eine eigentliche oder Erstinctiv-Verjährung kann die Erwerbung der gefundenen Sache nicht erklärt werden [2], denn das Recht, mit seinem Eigenthume frey zu schalten, folglich auch dasselbe gegen jedermann geltend zu machen, unterliegt keiner Erstinctiv-Verjährung (§. 1481), und kann, wie andere willkürlich auszuübende Rechte, durch Verjährung nur dann aufhören, wenn jemand in den entgegen stehenden Besitz der Sache oder des Rechtes gelangt, und dann das Recht, in dessen Besitze er sich befindet, durch Ersitzung wirklich erlangt. Hätte das Gesetz durch den Ausdruck: Verjährungszeit auf die Verjährung im engeren Sinne hindeuten wollen, so wäre die Erwähnung des redlichen Besitzers überflüssig, da die Verjährung im engeren Sinne durch den blossen Nichtgebrauch des Rechtes, auch ohne guten Glauben und schuldlose Unwissenheit vollendet wird (§§. 1478 und 1493). Die Bemerkung, daß selbst der redliche Besitzer ohne Angabe des rechtmäßigen Titels 30 oder 40 Jahre zur Ersitzung

---

[1] Vgl. Ueber die Erwerbung gefundener Sachen durch Verjährung. Vom Hrn. Prof. Helfert, in Wagner's Zeitschrift J. 1827, 6. Heft, S. 299.

[2] Vgl. die 2te Anmerkung S. 88 in des Hrn. Prof. v. Gapp Abhandlung: Ueber die Eigenthumsklage, in Wagner's Zeitschrift J. 1829, 8. Heft, S. 63.

bedürfe, der Finder aber zwar einem redlichen Besitzer gleich gesetzt wird, aber auf keinen Fall einen rechtmäßigen Titel zum Besitze hat, folglich auch zur Ersitzung 30 oder 40 Jahre brauche (§. 1477), paßt nicht hierher, und ist mit sich selbst und der Anordnung des Gesetzes im Widerspruche; denn der Finder soll ja selbst nach dieser Meinung nicht vermittelst Ersitzung, sondern in Folge der Verjährung erwerben, wie sollte also eine bloß für die Ersitzung geltende Vorschrift hierher bezogen werden können? Nach dem Inhalte des Gesetzes paßt der §. 1477 nicht hierher, weil er nur auf unbewegliche Sachen Beziehung hat, denn bey beweglichen Sachen beträgt selbst die außerordentliche Ersitzungszeit nur sechs Jahre (§§. 1472 und 1476), Gegenstand des Findens sind aber nur bewegliche Sachen (oben §. 86).

Endlich kann in dem §. 392 von einer Verjährung überhaupt, weder im Sinne der Ersitzung, noch der Verjährung im engeren Sinne die Rede seyn, weil der Finder nach diesem Paragraphe das Eigenthum erlangt, ohne daß hierbey das Verhältniß des Vormannes oder andere Umstände, als die in den §§. 391 und 392 vorausgesetzten, in Betrachtung kämen, da doch die Verjährung in manchen Fällen gar nicht Statt findet (§§. 1494 — 1496); in andern aber nach den verschiedenen Verhältnissen, in welchen der Verjährende zu seinem Vormanne steht, nur in einer außerordentlichen Zeit vollendet werden kann (§§. 1472 — 1476 und 1485). Man kann also unter dem Ausdrucke: Verjährungszeit, im §. 392 nur die Zeit verstehen, binnen welcher sonst das Eigenthum beweglicher Sachen durch die Ersitzung ordentlicher Weise erlangt wird, nähmlich den Zeitraum von drey Jahren (§. 1466), und es wird durch diesen Ausdruck bloß das Zeitmaß ausgedrückt, ohne daß es auf andere Bestimmungen der Ersitzung oder der eigentlichen Verjährung ankäme [1].

[1] Auch Hr. Hofrath v. Zeiller beruft sich (Commentar zu dem §. 392 Nr. 3) zur Erklärung des Ausdruckes: Verjährungszeit, auf den §. 1466. Daß unser Recht somit die Erwerbung der gefundenen Sache nach Verlauf von drey Jahren zuläßt, darf nicht befremden, da das alte deutsche Recht diese Erwerbung gewöhnlich nach Einem Jahre (s. Haubold's Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts, §. 182) und das Preußische Landrecht (1. Theil, 9. Tit.

Nun erübriget noch die Frage: von welchem Momente an die zur Erwerbung des Eigenthums der gefundenen Sache bestimmte Zeit zu laufen anfange? Diejenigen, welche diese Erwerbung aus einer Ersitzung ableiten, können natürlich die dazu erforderliche Zeit nur von dem Zeitpuncte an berechnen, in welchem der Finder nach ihrer Vorstellung in den Besitz der Sache gekommen ist, d. i. von dem Zeitpuncte an, als ihm die Benützung der gefundenen Sache eingeräumt wurde. Jene aber, welche glauben, daß das Eigenthum durch eine Erstinctiv-Verjährung erloschen, und so die Erwerbung der gefundenen Sache als einer freystehenden möglich geworden sey, berechnen die Verjährung von dem Momente des Findens an [1]. Allein, da, wie zuvor gezeigt worden ist, hier weder eine Ersitzung noch eine eigentliche Verjährung eintritt, so kann der Anfang der dreyjährigen Frist nach dem Zusammenhange der §§. 391 und 392 nur von der Zeit der vollendeten Kundmachung an angenommen werden, denn, was der §. 392 über die Erwerbung der gefundenen Sache enthält, ist nur eine Fortsetzung der vorausgehenden Verfügung über die Benützung der gefundenen Sache; die Benützung kann aber dem Finder nur nach Einem Jahre nach vollendeter Kundmachung zugestanden werden, folglich kann auch die Verjährungszeit nur von dieser Zeit an laufen. Nur bey Sachen, deren Werth nicht Einen Gulden übersteigt, in Ansehung welcher eine Kundmachung nicht vorgeschrieben ist, wäre diese Zeit sogleich von dem Tage des Findens an zu berechnen [2].

§. 93.

Folgen der Außerachtlassung der rücksichtlich der gefundenen Sache zu beobachtenden Vorschriften.

(§. 393 des b. G. B.)

»Wer immer die in den §§. 388—392 angeführten Vorschriften außer Acht läßt, haftet für alle schädlichen

---

§§. 32 — 43) schon nach drey oder sechs Monathen, nach Verschiedenheit des Werthes der Sache, gestattet.

[1] S. Nippel's Erläuterungen zu dem §. 392, Nr. 3.

[2] S. die Anmerkung S. 304 in des Hrn. Prof. Graßl oben angeführter Abhandlung: Beytrag zur Lehre vom Finden.

Folgen. Läßt sie der Finder außer Acht, so verwirkt er auch den Finderlohn, und macht sich zu Folge des Strafgesetzbuches noch überdieß nach Umständen des Betruges schuldig.«

Eine Vernachlässigung der hier bezogenen Vorschriften kann nicht nur dem Finder, sondern auch der Ortsobrigkeit, oder auch dem Gerichte zur Last fallen. Bey denjenigen, denen sie zur Last fällt, wird ein Verschulden vermuthet (§. 1298), und den aus einem Verschulden verursachten Schaden muß der Urheber desselben ersetzen (§. 1295). Daß aber, wenn sowohl der Finder als die Obrigkeit im Verschulden sind, beyde in solidum verantwortlich seyen [1], ist nur dann richtig, wenn der Schade vorsetzlich zugefügt worden ist; oder wenn die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen (§. 1302); außer diesen Fällen hätte jeder Theil bloß sein Verschulden zu verantworten (§. 1313).

Der Finder verwirkt durch diese Vernachlässigung den Finderlohn, da ihm derselbe nur darum zugestanden wird, daß er diejenigen Obliegenheiten genau erfülle, welche ihm zur Bewahrung der Rechte des vorigen Inhabers auferlegt werden, und er macht sich des Betruges schuldig, wenn er die gefundene Sache geflissentlich verhehlt oder sich zueignet.

§. 94.

Rechte der Mitfinder.

(§. 394 des b. G. B.)

»Mehreren Personen, welche eine Sache zugleich gefunden haben, kommen in Rücksicht derselben gleiche Verbindlichkeiten und Rechte zu. Unter die Mitfinder wird auch derjenige gezählt, welcher zuerst die Sache entdecket, und nach derselben gestrebt hat, obgleich ein Anderer sie früher an sich gezogen hätte.«

Als Finder ist eigentlich nur der anzusehen, welcher die

[1] Nippels Erläuterungen zu dem §. 393, Nr. 1.

Sache entdeckt und ergriffen hat; das Gesetz erweitert aber hier den Begriff des Finders, und sieht auch denjenigen dafür an, welcher die Sache entdeckt und bloß nach derselben gestrebt hat, wenn sie auch ein Anderer früher ergriffen hat, weil die zum Begriffe des Findens gehörige Handlung gleichsam unter ihnen getheilt ist; doch ist das Ergreifen oder wenigstens das Streben nach der Sache auf jeden Fall zum Begriffe des Findens nothwendig, es könnte also derjenige nicht als Finder angesehen werden, welcher die Sache zwar entdeckt, aber liegen gelassen, oder nur einen Theil davon ergriffen hat, außer er hätte seinen Willen zu erkennen gegeben, auch den übrigen Theil des Fundes für sich wegzunehmen [1].

Die Mitfinder haben gleiche Verbindlichkeiten und Rechte, es liegt ihnen also insgesammt ob, für die gehörige Anzeige des Fundes und die Erhaltung der Sache Sorge zu tragen; sie haben aber auch gleichen Anspruch auf die Benützung der Sache, so wie ihnen auch der Finderlohn, und im Falle, die Erwerbung des Fundes eintritt, die gefundene Sache selbst oder der Werth derselben gemeinschaftlich zugehört.

§. 95.

Von dem Finden öffentlicher Obligationen und anderer Urkunden.

In Beziehung auf das Finden öffentlicher Obligationen ist rücksichtlich derjenigen, welche auf einen bestimmten Nahmen lauten, durch Hofdecret vom 24. Januar 1818 [2] die Weisung er-

---

[1] S. einen hierher gehörigen Fall in dem Commentare zu dem Preuß. Landrechte von Bielitz, 2. Bd. S. 170. Ein Stück Vieh hatte auf der Weide durch das Scharren mit den Füßen einen Schatz entblößt. Die auf diese Art zum Vorscheine gekommenen Münzen hatte der Dienstbothe, der das Vieh weidete, zu sich genommen; der Eigenthümer des Grundes ließ dann weiter nachgraben und bemächtigte sich des ganzen übrigen dort noch gefundenen Schatzes. Der Dienstbothe machte nun auch auf einen Theil des übrigen Fundes Anspruch, allein er wurde von dem Appellationsgerichte zu Dresden, wo der Fall im Jahre 1797 verhandelt wurde, mit seinem Begehren abgewiesen.

[2] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 105.

theilt worden: daß auf das Finden öffentlicher Obligationen, welche auf einen bestimmten Nahmen lauten, die Anordnungen des bürgerlichen Gesetzbuches in Beziehung auf den Genuß der Interessen, den Finderlohn und die Erwerbung der Sache nach der Verjährungszeit keine Anwendung haben; sondern daß dergleichen Obligationen, wenn der Eigenthümer derselben bekannt ist, ihm zurückgestellt, sonst aber für denselben bey Gericht deponirt werden sollen, der Finder aber bloß den Ersatz der allenfalls aufgewendeten Kosten anzusprechen berechtiget sey. Als Grund hiervon wird in dieser Verordnung angegeben, daß der Eigenthümer solcher Obligationen durch den Nahmen hinlänglich bezeichnet werde, allein dieser Grund ist wohl nicht zureichend, da, wie selbst in dem Verfolge dieser Verordnung angenommen wird, der darin vorkommende Nahme ein erdichteter seyn kann, und selbst in dem Falle, wo der wahre angegeben ist, dieses Merkmahl noch bey weitem nicht zureicht, um hiernach den Eigenthümer mit Zuverlässigkeit zu erkennen. Der Grund, aus welchem dem Finder solcher Obligationen der Finderlohn abgesprochen wird, muß also vielmehr darin gesucht werden, daß bey Obligationen, welche auf einen bestimmten Nahmen lauten, die Zahlung der Interessen eingestellt, und durch die Amortisation bewirkt werden kann, daß ein unredlicher Finder aus der Verhehlung keinen Vortheil genieße, und von dem Eigenthümer der Schade, welcher sonst aus dem Verlieren entsteht, vermieden werde. Bey den Obligationen hingegen, welche auf den Ueberbringer lauten, wird jeder, der sie hat, für den Eigenthümer gehalten, kann die darauf zu leistende Zahlung empfangen, und erst nach dem Verfallstage findet eine Amortisation Statt[1], dem Eigenthümer wird also durch die redliche Zurückstellung die Sache erhalten, und darum ist auch dem Finder der Finderlohn zu entrichten.

Da die auf einen bestimmten Nahmen lautenden Obligationen, deren Eigenthümer nicht bekannt ist, bey Gericht hinterlegt werden müssen, und der Finder das Eigenthum derselben

---

[1] S. die Verordnungen über die Amortisation der öffentlichen Credits-Papiere in meinem Handbuche 3 Bd. S. 123.

nicht erwirbt; so sind sie, wenn der Eigenthümer auch in der Folge nicht entdeckt wird, als heimfälliges Gut zu behandeln [1].

Ob die angeführte Verordnung über das Finden der Obligationen auch auf die Bank-Actien anzuwenden sey, ist zweifelhaft, da sie bloß Urkunden einer privilegirten Privat-Gesellschaft sind [2]; allein sie werden auch in vieler Hinsicht, und insbesondere rücksichtlich der Amortisation, den Staats-Obligationen gleichgehalten; es scheint demnach, daß die obige Verordnung auch auf sie Anwendung habe, indem sie immer auf einen bestimmten Nahmen ausgefertiget werden.

Bey Privat-Schuldscheinen und andern Privat-Urkunden kann von einem Finderlohne keine Rede seyn, weil dergleichen Urkunden, für sich genommen, gar keinen Werth haben, und die Schuldscheine ohne Cession von Andern, als dem Gläubiger, für welchen sie ausgestellt wurden, gar nicht gebraucht werden können. Da indessen demjenigen, welcher dergleichen Privat-Urkunden verloren hat, sehr daran gelegen seyn kann, sie wieder zu bekommen; so kann er wohl dadurch veranlaßt werden, für die Zurückstellung eine Belohnung zu verheißen, allein aus dem Gesetze kann das Recht zu einer solchen nicht abgeleitet werden.

§. 96.

5 Von dem Finden verborgener Gegenstände, welche kein Schatz sind.

(§§. 395—397 des b. G. B.)

Das Finden verborgener Gegenstände unterscheidet sich von dem Finden verlorner Sachen dadurch, daß es Sachen voraussetzt, welche der Eigenthümer oder Inhaber selbst an einen gewissen Ort gebracht hat, um dadurch seine Gewahrsame über dieselbe zu sichern; bey dem Verlieren ist aber die Sache durch Zufall aus der Gewahrsame des vorigen Inhabers gekommen. Indessen kann es auch bey verborgenen Gegenständen geschehen, daß selbst derjenige, welcher sie verborgen hat, vergißt, daß er sie verborgen hat, oder den Ort nicht mehr finden

---

[1] Hofkanzleydecret vom 18. May 1825. Eben daselbst 2. Bd. S. 273.
[2] Hofkanzleydecret vom 12. März 1821. Pol. Ges. 49. Bd. S. 82.

kann, wo er sie hingebracht hat; noch leichter kann es geschehen, daß die Erben des vorigen Eigenthümers von dem verborgenen Gegenstande keine Kenntniß haben. Für dergleichen Fälle enthält das Gesetz folgende Anordnungen §. 395: »Werden vergrabene, eingemauerte oder sonst verborgene Sachen eines unbekannten Eigenthümers entdeckt, muß die Anzeige so, wie bey dem Funde überhaupt, gemacht werden,« d. i. bey der Ortsobrigkeit (§. 389), wenn, was bey verborgenen Gegenständen gewöhnlich der Fall seyn wird, die Sache mehr als zwölf Gulden werth ist. Weiter heißt es in dem §. 396: Wird der Eigenthümer aus den äußerlichen Merkmahlen oder andern Umständen entdeckt, so ist ihm die Sache zuzustellen; er muß aber, wenn er nicht beweisen kann, schon ehe Kenntniß davon gehabt zu haben, dem Finder den §. 391 ausgemessenen Finderlohn entrichten.« Der Eigenthümer kann zuweilen aus Merkmahlen, welche sich an der Sache selbst befinden, oder ihr beygefügt worden sind, z. B. aus Wapen, Inschriften, einer beygelegten Urkunde, oder aus andern Umständen, z. B. daraus, daß man weiß, wem der Schrank gehört habe, in dessen verborgener Schublade die Sache entdeckt wurde, erkannt werden. Wußte der Eigenthümer, wo sich die verborgene Sache befand, z. B. Arbeitsleute entdecken zufällig die in seinem Garten von ihm vergrabene kostbare Sache, so wird ihm durch die Entdeckung kein Vortheil verschafft, und er ist in diesem Falle auch keinen Finderlohn schuldig. Hatte er aber keine Kenntniß davon, so befindet er sich mit dem, welcher seine Sache verloren hat, ganz in gleichem Falle, er muß daher auch den Finderlohn entrichten. Die Obrigkeit wird also bey der Zurückstellung der Sache diesen Umstand vorsichtig auszumitteln haben, damit der Entdecker der verborgenen Sache nicht gesetzwidrig um seine Belohnung gebracht werde.

§. 397. »In dem Falle, daß sich der Eigenthümer nicht sogleich erkennen läßt, muß die Obrigkeit nach den Vorschriften der §§. 390—392 verfahren.« Dem Finder stehen also in diesem Falle auch die in den §§. 391 und 392 enthal-

tenen Befugnisse zu, wenn er sich derselben nicht nach dem §. 393 verlustig gemacht hat.

§. 97.

6. Von dem Finden eines Schatzes.

(§. 398 des b. G. B.)

»Bestehen die entdeckten Sachen in Geld, Schmuck oder andern Kostbarkeiten, die so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann, dann heißen sie ein Schatz.«

Der Schatz ist also auch eine verborgene Sache, welche der Regel nach nicht zufällig aus der Gewahrsame ihres Besitzers gekommen ist. Auch in Ansehung des Gegenstandes kann zwischen verborgenen Sachen, von denen im vorhergehenden Paragraphe die Rede war, und einem Schatze nicht leicht ein Unterschied seyn, denn etwas Anders als Geld, Schmuck oder andere Kostbarkeiten werden wohl nicht leicht vergraben, eingemauert oder sonst verborgen, und der Umstand, daß man den vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann, enthält auch noch kein sicheres Merkmahl; denn dieß kann, wie der §. 397 voraussetzt, auch bey verborgenen Sachen eintreten. Doch ist es wesentlich, verborgene Sachen überhaupt und einen Schatz zu unterscheiden, da sowohl die civilrechtlichen Folgen in Ansehung des Findens, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, als auch die strafrechtlichen, wenn die gefundene Sache verhehlt wird, ganz verschieden sind, denn die Verhehlung gefundener verborgener Sachen müßte als Betrug bestraft werden, die Verhehlung eines Schatzes macht aber bloß eine civilrechtlich verbothene Handlung aus [1].

Nach dem ganzen Zusammenhange ergibt sich also, daß unter einem Schatze Geld oder kostbare Sachen verstanden werden, welche so lange im Verborgenen gelegen haben, daß den Umständen nach anzunehmen ist, es existire niemand mehr, welcher auf das Eigenthum derselben Anspruch machen könnte [2].

---

[1] Just. Hofd. vom 10. September 1823. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 112.

[2] Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non

Umstände, wie sie zum Begriffe des Schatzes gehören, können seyn; wenn die Sache in ehemahligen Römischen Lagern oder in alten Gräbern gefunden worden ist; oder aus der Form der Sache, der Art, wie sie gefunden wurde ꝛc. erhellt, daß sie seit Jahrhunderten im Verborgenen lag. Der Umstand, daß man erkenne, wem die Sache gehört habe, hindert nicht, sie als Schatz anzusehen, wenn übrigens angenommen werden muß, daß niemand vorhanden ist, welcher ein Recht auf die Sache darthun könnte. So wäre es z. B. ein Schatz, wenn man auch wüßte, welchem Römischen Kaiser ein gefundener kostbarer Siegelring gehört habe. Der Schatz ist also ein Gegenstand der Zueignung, weil man annehmen muß, daß er keinen Eigenthümer mehr habe; von der verborgenen Sache muß man aber voraussetzen, daß der Eigenthümer derselben noch vorhanden sey, sie fällt aber dem Finder zu, weil derselbe binnen einer gewissen Zeit nicht ausgeforscht werden konnte (§. 392).

»Die Entdeckung eines Schatzes ist von der Obrigkeit der Landesstelle anzuzeigen.« Diese Anzeige ist nothwendig, damit die Landesstelle über die Rechte des Staatsvermögens wachen, und die richtige Abführung des demselben gebührenden Theiles veranlassen könne. Die Anzeige an die Landesstelle wird aber auch dann zu erstatten seyn, wenn es zweifelhaft ist, ob eine entdeckte verborgene Sache bloß als solche, oder als ein Schatz zu behandeln sey, denn die Entscheidung hierüber kann weder dem Finder noch der Ortsobrigkeit überlassen werden, da es sich um die Rechte des Staatsvermögens handelt, welches zunächst unter der Aufsicht und Verwaltung der Landesstelle steht [1]. Hielte sich der Finder des Schatzes durch die Entscheidung der

---

exstat memoria, ut jam dominum non habeat; sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit. L. 31, §. 1. D. De acquirendo rerum dominio. Vergl. auch Savigny: Recht des Besitzes, 5te Ausgabe §. 17. S. 216.

[1] S. Zeiller's Commentar zu dem §. 398, Nr. 2. Pratobevera in seiner Abhandlung: Ueber die Gränzlinien zwischen Justiz- und politischen Gegenständen (Materialien 1. Bd. S. 25) glaubt, daß auch die Entscheidung dieser Frage den Gerichtsbehörden zustehe.

politischen Stelle in seinen Privat-Rechten für gekränkt; so stünde ihm nach den §§. 20 und 290 frey, sein Recht bey Gericht geltend zu machen.

§. 98.

Vertheilung eines Schatzes.

(§§. 399—401 des b. G. B.)

Ein Schatz gehört zwar unter die freystehenden Sachen, aber schon nach älteren Oesterreichischen Gesetzen wird er nicht allein dem Finder überlassen, sondern unter demselben, dem Eigenthümer des Grundes und dem Fiscus getheilt [1]. Der §. 399 bestimmt hierüber: »Von einem Schatze wird der dritte Theil zum Staatsvermögen gezogen. Von den zwey übrigen Dritttheilen erhält Eines der Finder, das andere der Eigenthümer des Grundes. Ist das Eigenthum des Grundes getheilt, so fällt das Drittheil dem Ober- und Nutzungseigenthümer zu gleichen Theilen zu.«

Aus der letzten Verfügung und der Anordnung des §. 511, laut welcher ein Fruchtnießer auf einen Schatz keinen Anspruch hat, ist zu entnehmen, daß der Schatz nach unserm Gesetzbuche als Zugehör der Sache selbst oder der Substanz angesehen wird, nicht aber zu den Nutzungen derselben gehört. Hiernach ist in den verschiedenen Verhältnissen des getheilten, oder des Miteigenthums, dann in den Fällen, wo die Sache einem Andern herausgegeben werden muß, zu beurtheilen, was in Ansehung des Drittheils, das dem Eigenthümer des Grundes zufällt, Rechtens sey.

Treffen in einer Person mehrere von den erwähnten Eigenschaften zusammen, z. B. der Staat oder der Finder ist zugleich Eigenthümer des Grundes, wo der Schatz gefunden wurde, so bekommt eine solche Person auch einen mehrfachen Antheil an dem zu vertheilenden Schatze.

Der §. 400 verfügt weiter: »Wer sich dabey einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht; wer ohne Wissen und

---

[1] Hofdecret vom 25. October 1771.

Willen des Nutzungseigenthümers den Schatz aufgesucht; oder den Fund verheimlichet hat; dessen Antheil soll dem Angeber; oder, wenn kein Angeber vorhanden ist, dem Staate zufallen.«

Als eine unerlaubte Art Schätze zu erwerben, wird in dem Tractatus de juribus incorporalibus (12. Titel, §. 3) die Zauberey angegeben; nun wird zwar nicht leicht jemand mehr glauben, daß man durch Zauberey Schätze finden könne, wenn indessen jemand abergläubische Mittel zu diesem Zwecke gebrauchte, und dabey zufällig einen Schatz fände; so würde ohne Zweifel die obige Verfügung eintreten [1]. Unerlaubte Handlungen sind ferner das eigenmächtige Nachsuchen in der fremden Sache, und die Verheimlichung des Fundes, denn jenes enthält einen Eingriff in das Eigenthumsrecht, diese beinträchtiget diejenigen, welche auf einen Theil des gefundenen Schatzes Anspruch haben.

»Finden Arbeitsleute zufälliger Weise einen Schatz, so gebührt ihnen als Findern ein Drittheil davon. Sind sie aber von dem Eigenthümer ausdrücklich zur Aufsuchung eines Schatzes gedungen worden, so müssen sie sich mit ihrem ordentlichen Lohne begnügen« (§. 401); denn im letzten Falle sind sie nicht selbst Finder, sondern handeln bloß im Nahmen dessen, der sie gedungen hat.

Ein besonderes Verfahren tritt im Falle des Findens solcher Gegenstände ein, welche, wie Münzen, Statuen u. dgl. zum Studium der Numismatik oder der Alterthumskunde überhaupt dienen. Die Erhaltung solcher Denkmähler wurde durch Hofkanzleydecret vom 5. März 1812 [2] angeordnet, und durch Hofkanz-

---

[1] Auch das Preußische Landrecht verordnet (I. Thl. 9. Tit. §. 86): »Wer zur Nachsuchung von Schätzen vermeintlicher Zaubermittel, durch Geisterbannen, Citiren der Verstorbenen, oder anderer dergleichen Gaukeleyen, es sey aus Betrug oder Aberglauben, sich bedient; der verliert, außer der sonst schon verwirkten Strafe, sein Anrecht auf einen etwa zufälliger Weise wirklich gefundenen Schatz.«

[2] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 107.

leydecret vom 30. July 1828 [1] neuerdings eingeschärft. Wie die Vertheilung zu geschehen hat, wenn sie als Schatz anzusehen sind, bestimmt das Hofkammerdecret vom 12. Juny 1816 [2].

§. 99.

Von der Beute.

(§. 402 des b. G. B.)

»Ueber das Recht der Beute und der von dem Feinde zurück erbeuteten Sachen, sind die Vorschriften in den Kriegsgesetzen enthalten.«

Beute werden die im Kriege dem Feinde während eines Kampfes oder bey einer Plünderung abgenommenen beweglichen Sachen genannt. Da diese Sachen nicht freystehend sind, machen sie keinen Gegenstand der Zueignung aus, sondern die Befugniß sich derselben zu bemächtigen, kann nur aus dem Rechte Krieg zu führen, und sich aus dem Eigenthume des Feindes für erlittenen Nachtheil zu entschädigen, abgeleitet werden. Wer berechtiget sey Beute zu machen, und welche Gegenstände als solche nicht angesehen werden, ist in den Kriegsartikeln und dem Dienst-Reglement bestimmt [3]. Rücksichtlich der Wiedereroberung der Beute wird nach der Observanz darauf gesehen, ob der Feind sie schon durch 24 Stunden im Besitze hatte oder nicht; im ersten Falle hat das Recht des vorigen Eigenthümers aufgehört, im zweyten aber nicht, er kann folglich seine Sache zurück fordern [4].

§. 100.

Recht aus der Rettung einer fremden beweglichen Sache.

(§. 403 des b. G. B.)

»Wer eine fremde bewegliche Sache von dem unvermeidlichen Verluste oder Untergange rettet, ist berechtiget,

---

[1] Pol. Ges. 56. Bd. S. 243.
[2] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 108.
[3] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 112.
[4] S. Bergmayr: Das bürgerliche Recht der k. k. Oesterreichischen Armee, §. 178. S. 131.

von dem rückfordernden Eigenthümer den Ersatz seines Aufwandes, und eine verhältnißmäßige Belohnung von höchstens Zehen von Hundert zu fordern.«

Das Verhältniß, nach welchem die Belohnung zu bemessen ist, wird nach dem zur Rettung gemachten Aufwande von Zeit und Kräften, und dem, dem Eigenthümer dadurch verschafften Nutzen zu bestimmen seyn. Sie kann höchstens Zehn vom Hundert betragen, ist also der Regel nach geringer als der Finderlohn, weil bey dem Verlieren einer Sache gewöhnlich einiges Verschulden des Verlierenden eintritt, die Gefahr aber meistens zufällig entsteht, und der Eigenthümer der Sache gewöhnlich im Falle einer solchen Gefahr ohnehin Schaden leidet.

Die Gefahr des Verlustes oder des Unterganges kann auf verschiedene Art entstehen, insbesondere gehört hierher auch jene, welche durch Ueberschwemmung veranlaßt wird; der obige Paragraph findet daher bey dem aufgefangenen Holze oder andern aufgefangenen Sachen Anwendung, wie die Landesstelle in Böhmen in einem eigenen Erlasse kund zu machen für nöthig fand [1].

---

[1] Gubernial-Verordnung vom 7. October 1824. Gouttа's Gesetzsammlung 24. Bd. S. 1015.

Viertes Hauptstück.

Von Erwerbung des Eigenthums durch Zuwachs.

§. 101.

Begriff und Eintheilung des Zuwachses.

(§. 404 des b. G. B.)

»Zuwachs heißt Alles, was aus einer Sache entsteht, oder neu zu derselben kommt, ohne daß es dem Eigenthümer von jemand Andern übergeben worden ist.«

Der Grund der Erwerbung durch Zuwachs ist die Verbindung, in welcher zwey Sachen mit einander stehen, oder in welche sie gesetzt werden. Der eigentliche Begriff des Zuwachses dürfte also der seyn: Zuwachs ist dasjenige, was ein Sache nach organischen Gesetzen der Natur hervorbringt, oder durch Natur, Kunst oder Zufall so mit ihr verbunden wird, daß die verbundenen oder vereinigten Sachen zusammen ein Ganzes ausmachen. Die Erwerbung durch Zuwachs ist eine Folge des Eigenthumsrechtes, denn was aus der Sache entsteht, gehört dem Eigenthümer, weil er ein Recht auf alle Nutzungen seiner Sache hat; und die mit der eigenen vereinigte Sache wird erworben, weil sie herrenlos ist, oder ohne das Eigenthum der Hauptsache nicht wohl benutzt werden kann.

Da durch den Zuwachs bald freystehende, bald solche Sachen erworben werden, welche einem Andern gehören, so ist die Erwerbung durch Zuwachs bald unmittelbar, bald mittelbar.

»Der Zuwachs wird durch Natur, durch Kunst, oder durch beyde zugleich bewirkt;« und er wird hiernach in einen natürlichen, künstlichen oder gemischten eingetheilt. Natürlich heißt er, wenn die Vermehrung bloß durch Naturkräfte bewirkt wird; künstlich, wenn die Vereinigung absichtlich hervorgebracht wird, und von der Willkühr des Menschen abhängt; gemischt, wenn nebst der Absicht des Menschen die Mitwirkung der Kräfte

der Natur so erfordert wird, daß der Erfolg der Vereinigung nicht von der Willkühr des Menschen abhängt.

§. 102.

I. Natürlicher Zuwachs: 1. durch Entstehung der Früchte oder Werfen der Thiere.

(§§. 405 und 406 des b. G. B.)

»Die natürlichen Früchte eines Grundes, nähmlich solche Nutzungen, die er, ohne bearbeitet zu werden, hervorbringt, als: Kräuter, Schwämme und dergleichen, wachsen dem Eigenthümer des Grundes, so wie alle Nutzungen, welche aus einem Thiere entstehen, dem Eigenthümer des Thieres zu.«

Das Gesetz macht hier nur von den Vermehrungen Erwähnung, welche nach organischen Gesetzen bloß durch Naturkräfte hervorgebracht werden, denn diejenigen, welche die Kunst oder der Fleiß des Menschen erzeugt, gehören eigentlich zu dem gemischten Zuwachse, und die Nutzungen im eigentlichen Sinne oder sogenannten Civil-Früchte gehören gar nicht zu dem Zuwachse, da sie eine Vermehrung des Vermögens sind, welche durch Uebergabe bewirkt wird.

Zu den Nutzungen aus einem Thiere gehören Milch, Wolle, kurz Alles, was aus dem Thiere entsteht, und gebraucht werden kann, folglich auch die Jungen, bey welchen aber das Eigenthum des Mutterthieres entscheidet, weil in ihm das Junge entsteht und genährt wird, wenn gleich die Befruchtung durch ein anderes Thier vorausgehen muß. Daher verfügt auch der §. 406: »Der Eigenthümer eines Thieres, welches durch das Thier eines Andern befruchtet wird, ist diesem keinen Lohn schuldig, wenn er nicht bedungen worden ist.«

§. 103.

2. Durch Entstehung einer Insel.

(§§. 407 und 408 des b. G. B.)

»Wenn in der Mitte eines Gewässers eine Insel entsteht, so sind die Eigenthümer der nach der Länge derfel-

ben an beyden Ufern liegenden Grundstücke ausschließend befugt, die entstandene Insel in zwey gleichen Theilen sich zuzueignen, und nach Maß der Länge ihrer Grundstücke unter sich zu theilen.«

Das Wort: Gewässer wird hier, wie der Zusammenhang zeigt, im Gegensatze der schiffbaren Flüsse genommen, denn zuerst werden in diesem Paragraphe die Fälle behandelt, wo die entstandene Insel den Privaten zuwächst, und im Gegensatze mit diesen Verfügungen wird dann von dem Falle verfügt, wo Inseln auf schiffbaren Flüssen entstehen, und dem Staate vorbehalten bleiben. Es müssen also unter dem Ausdrucke: Gewässer nicht schiffbare Flüsse und Bäche verstanden werden. Andere Gewässer, wie Seen und Teiche, gehören nicht hierher, da laut des Inhalts, der nur von zwey Ufern spricht, der Gesetzgeber nur fließende Gewässer vor Augen hatte, und diese Anordnungen nur analogisch auf Inseln, die in Seen oder Teichen entstehen, angewendet werden können.

Als Insel ist dem gemeinen Sprachgebrauche nach jene in einem Gewässer befindliche Erderhöhung anzusehen, welche bey gewöhnlichem Wasserstande ober der Wasserfläche oder dem Spiegel des Wassers erscheint, und von dem Ufer durch das Wasser getrennt ist. Erdtheile, welche mit dem Ufer sichtbar zusammenhängen, sind Theile des Ufers selbst, wenn sie sich auch in Gestalt von Erdzungen oder Halbinseln bis über die Mitte des Gewässers erstreckten. Als getrennt wird aber eine Erderhöhung nur dann angesehen, wenn sie mit einem gewöhnlichen Fischernachen umfahren werden kann [1].

Die Mitte des Gewässers wird durch die Linie bestimmt, welche nach der Länge des Gewässers parallel mit den Ufern in gleichem Abstande von denselben gezogen wird; oder, da die gegenüber liegenden Ufer selten eine gleiche Richtung haben, folglich eine Parallele nicht gezogen werden kann, so wird, wie das

---

[1] S. Joh. Heinrich v. Kremer: Ueber das Eigenthumsrecht des Staates über das Uferland, und die Inseln der Flüsse, in Wagner's Zeitschrift, Jahrg. 1831, 2. Heft, S. 107; und Preußisches Landrecht 1. Thl. 9. Tit. §. 242.

Preußische Landrecht [1] bestimmt, die Mitte durch diejenige Linie bezeichnet, welche gefunden wird, wenn man von denjenigen Puncten der beyderseitigen, bey gewöhnlichem Wasserstande sichtbaren, Ufer, welche den beyden Enden der Insel gegenüber liegen, quer über den Fluß Linien zieht, und die Mittelpuncte dieser Querlinien durch eine der Länge nach gezogene Linie verbindet.

Nach dem Wortlaute der oben angeführten Stelle des §. 407 könnten die Eigenthümer der Ufer, welche einer Insel, die nach der vorausgehenden Bestimmung in der Mitte des Gewässers entstanden ist, gegenüber liegen, dieselbe in jedem Falle nach Maß der Länge ihrer Grundstücke unter sich in zwey gleichen Theilen sich zueignen; allein eine solche Theilung wäre nicht in jedem Falle dem Sinne des Gesetzes gemäß, denn es heißt in der Fortsetzung des §. 407: »Entsteht die Insel auf der einen Hälfte des Gewässers, so hat der Eigenthümer des nähern Uferlandes allein darauf Anspruch.« Hieraus ist ersichtlich, daß im Gesetze nur die zwey äußersten hier in Betrachtung kommenden Fälle ausdrücklich normirt seyen, nähmlich der, wo die Insel genau in der Mitte des Gewässers liegt, und jener, wo sie in der einen Hälfte desselben befindlich ist. Die Fälle, wo weder das Eine noch das Andere eintrifft, nähmlich, wo die Insel zwar von der durch die Mitte des Gewässers gezogenen Linie durchschnitten, aber von derselben nicht gerade in zwey gleiche Theile getheilt wird, müssen also nach dem Maßstabe entschieden werden, welcher für die beyden ausgedrückten Fälle vorgeschrieben ist. Wenn also die Insel weder streng in der Mitte, noch in der einen Hälfte des Gewässers liegt, so werden die Eigenthümer der gegenüber liegenden Ufer in dem Verhältnisse darauf größeren Anspruch haben, als sie ihrem Ufer näher liegt. Nähme man diese Auslegung nicht an, so würde sich die Inconsequenz ergeben, daß, wenn die Insel ganz auf der einen Seite der durch die Mitte des Gewässers gezogenen Linie fällt, dieselbe nur den Eigenthümern Eines Ufers zur Zueignung überlassen wäre; in dem Falle aber, wo ein

---

[1] Eben daselbst §§. 248 und 249.

noch so kleiner Theil von der Mittellinie abgeschnitten wird, die Insel schon in zwey Hälften zwischen den Eigenthümern beyder Ufer getheilt werden müßte. Es ist also der Natur dieses Verhältnisses viel angemessener, daß die Theilung zwischen den Eigenthümern beyder Ufer nach dem Verhältnisse geschehe, welches mittelst der durch die Mitte gezogenen Linie bestimmt wird [1].

Die Zueignung soll nach Maß der Länge der Grundstücke geschehen; hierbey kann es aber nicht auf die Länge ankommen, welche ein Grundstück etwa überhaupt, ohne Beziehung auf die zu theilende Insel, hat; ferner auch nicht auf jene, welche durch die Messung nach dem Rande einer unregelmäßigen hervorspringenden Figur gefunden wird; denn nur das Verhältniß des Gegenüberliegens gibt, wie sowohl aus dem Gesetzbuche als der in der Anmerkung angeführten Stelle erhellt, das Recht zur Zueignung. Es kommt also auf die Länge an, welche die Grundstücke an den, der Insel gegenüber liegenden Ufern haben, und die Regel, welche das Preußische Landrecht (1. Thl. 9. Tit. §. 252) hierüber aufstellt, wird auch bey uns gelten. Sie lautet: »Der Antheil eines jeden dieser Uferbesitzer wird durch Linien bestimmt, welche von den Puncten, wo eines jeden Gränze an den Fluß stößt, quer über den Fluß, gerade nach der in der Mitte desselben angenommenen Linie gezogen werden.«

»Inseln auf schiffbaren Flüssen bleiben dem Staate vorbehalten.« (§. 407.)

Der Grund dieses Vorbehaltes liegt ohne Zweifel darin, daß die Beförderung der Schifffahrt, dann die Sicherung gegen allfällige Ueberschwemmungen das freye Verfügungsrecht über dergleichen Inseln dem Staate nothwendig macht. Der Begriff: schiffbar muß, da das Gesetz keine besondere Bestimmung hierüber macht, nach dem gemeinen Sprachgebrauche für einen

---

[1] So heißt es schon im Tractatus de juribus incorporalibus 11. Tit. §. 3: »So sich aber der Wöhrt (Insul) in mitten des fließenden Wassers erzeigte, kommet er denen Grundherren zu, welche von beeden Seiten deß Wassers ihre Gründ nebst daran ligend haben, nach Größe, Länge und Breite, als sich dieselbe Gründ erstrecken, und ferner dran stossen.«

Fluß genommen werden, welcher gewöhnlich, sey es mit kleinen oder größeren Schiffen, seiner Länge nach befahren wird. Da der Vorbehalt solcher Inseln im Gesetze schon allgemein gemacht ist; so braucht es zur Erwerbung derselben von Seite des Staates weder einer Besitzergreifung, noch der Eintragung in die öffentlichen Bücher, nur zur Evidenthaltung des Staats-Eigenthumes ist eine genaue, von Zeit zu Zeit zu erneuernde Bezeichnung, als dem Staate vorbehaltenes Eigenthum, rathsam [1].

»Werden bloß durch die Austrocknung des Gewässers, oder durch desselben Theilung in mehrere Arme, Inseln gebildet, oder Grundstücke überschwemmt; so bleiben die Rechte des vorigen Eigenthumes unverletzt.« (§. 408.)

Durch die zeitweilige Austrocknung eines Gewässers kann auf das trocken liegende Erdreich kein immerwährendes Recht erlangt werden, da vorauszusehen ist, daß das Wasser bald wieder seinen vorigen Platz einnehmen wird. Theilt sich das Wasser in mehrere Arme, oder tritt dasselbe aus und werden dadurch Inseln gebildet; so sind dieselben kein Gegenstand der Zueignung, da das Eigenthumsrecht durch eine physische Veränderung, welche die Ausübung desselben nicht unmöglich macht, nicht aufgehoben wird.

§. 104.

3. Durch das verlassene Wasserbett.

(§§. 409 und 410 des b. G. B.)

»Wenn ein Gewässer sein Bett verläßt, so haben vor Allem die Grundbesitzer, welche durch den neuen Lauf des Gewässers Schaden leiden, das Recht aus dem verlassenen Bette oder dessen Werthe entschädigt zu werden.« (§. 409.)

»Außer dem Falle einer solchen Entschädigung gehört das verlassene Bett, so wie von einer entstandenen Insel verordnet wird, den angränzenden Uferbesitzern.« (§. 410.)

---

[1] S. Kremer's oben angeführte Abhandlung §. 12 und folg.

Das verlassene Wasserbett, oder der Werth desselben müßte also denjenigen, welche durch den neuen Lauf des Gewässers Schaden leiden, nach Verhältniß dieses Schadens zugetheilt werden. Ist keine solche Entschädigung zu leisten, oder erübriget noch etwas, wenn sie geleistet worden ist; so geschieht die Vertheilung des verlassenen Wasserbettes, wie die einer Insel. Jedoch muß bey der Anwendung dieser Paragraphe vorausgesetzt werden, daß das Gewässer, welches sein Bett verlassen hat, nicht schon ein Eigenthum eines Privaten war, denn wäre dieß, so müßte auch das trocken gebliebene Land dem gehören, der Eigenthümer des Gewässers war, da, wie der §. 408 verfügt, durch die blosse Austrocknung die Rechte des vorigen Eigenthumes nicht verletzt werden.

§. 105.

4. Durch das Anspühlen.

(§. 411 des b. G. B.)

»Das Erdreich, welches ein Gewässer unmerklich an ein Ufer anspühlt, gehört dem Eigenthümer des Ufers.«

Der Grund dieser Erwerbung liegt in der Beschaffenheit der angespühlten Theile, welche entweder noch freystehend sind, oder deren voriger Eigenthümer wenigstens nicht erkennbar ist. Solche Theile werden durch ihre Vereinigung mit einem bestimmten Ufer ein Theil dieses Ufers selbst, und gehören demnach dem Eigenthümer desselben, wenn sie auch Erdzungen oder Halbinseln bilden, welche sich bis über die Mitte des Gewässers, oder über die, durch die Länge des an dem Ufer liegenden Grundstückes, bestimmten Gränzen erstrecken. Denn der Nachbar, dessen Ufer einem Theile des verlängerten Erdreiches gegenüber liegt, kann in diesem Falle nicht so, wie bey einer Insel einen der Länge der Ufer nach bestimmten Antheil ansprechen, da die angespühlten Erdtheile von dem Eigenthümer des Ufers, an das sie angespühlt wurden, sogleich, ohne daß es einer Besitzergreifung bedurfte, erworben worden sind, folglich einen Gegenstand einer Zueignung für Andere nicht ausmachen.

§. 106.

5. Durch das Ansetzen eines abgerissenen Landes.

(§. 412 des b. G. B.)

»Wird aber ein merklicher Erdtheil durch die Gewalt des Flusses an ein fremdes Ufer gelegt; so verliert der vorige Besitzer sein Eigenthumsrecht darauf nur in dem Falle, wenn er es in einer Jahresfrist nicht ausübt.«

Hier wird vorausgesetzt, daß der abgerissene Erdtheil als Eigenthum eines Andern erkannt werde; ist dieß der Fall, so kann der Eigenthümer desselben sein Recht ausüben, das Gesetz bestimmt ihm aber hierzu die Frist Eines Jahres, weil diese Ausübung in den meisten Fällen mit Schwierigkeiten verbunden seyn wird, daher wohl angenommen werden kann, daß der Eigenthümer auf seine Sache gänzlich Verzicht geleistet habe, wenn er sein Recht binnen dieser Zeit nicht geltend gemacht hat. Nach Einem Jahre fällt das Eigenthum eines solchen Erdtheiles sogleich demjenigen zu, an dessen Ufer er angelegt wurde, weil der §. 412 mit dem vorausgehenden durch das Wort: aber, in Verbindung steht, und dadurch angedeutet wird, daß hier das Nähmliche, was in dem §. 411 angeordnet ist, gelten soll, nur mit dem Unterschiede, daß hier die Folge der Vereinigung erst nach Verlauf einer gewissen Zeit eintritt.

§. 107.

Warnung wegen eigenmächtiger Wasserbauten oder Veränderungen der Ufer.

(§. 413 des b. G. B.)

Die Besorgniß, daß durch das Wegspühlen oder Wegreißen des Flusses das Ufer vermindert werde, oder das Bestreben durch besondere Vorrichtungen, Pflanzungen oder Bauten den Zuwachs an den Ufern zu befördern, könnten manchen Uferbesitzer verleiten, daß er, nur den eigenen Vortheil bedenkend, solche Veränderungen an dem Ufer oder in dem Wasser vornehme, welche andern Uferbesitzern oder auch dem allgemeinen Wohle durch Verhinderung der Schifffahrt oder Veranlassung von Ueberschwem-

mungen nachtheilig werden. Der §. 413 bestätiget also zuerst das aus dem Eigenthume fließende Recht mit den Worten: »Jeder Grundbesitzer ist befugt, sein Ufer gegen das Ausreißen des Flusses zu befestigen:« setzt aber bey: »Allein niemand darf solche Werke oder Pflanzungen anlegen, die den ordentlichen Lauf des Flusses verändern, oder die der Schifffahrt, den Mühlen, der Fischerey oder andern fremden Rechten nachtheilig werden könnten. Ueberhaupt können ähnliche Anlagen nur mit Erlaubniß der politischen Behörde gemacht werden.«

Unter den politischen Behörden sind hier nach den besondern, in einzelnen Ländern erlassenen Verordnungen [1] die Kreisämter zu verstehen, welche aber nach der an der Donau zu beobachtenden, für Nieder-Oesterreich vorgeschriebenen Ordnung die Bewilligung nur mit Zustimmung des zur Aufsicht aufgestellten Districts-Ingenieurs, oder nach Umständen, der Wasserbau-Direction selbst, zu ertheilen berechtiget sind [2]. Jedoch haben auch die Ortsobrigkeiten, denen sonst die Anwendung der Polizey-Gesetze obliegt, jede ordnungswidrige Handlung hintan zu halten und zu bestrafen. Wie in dem Falle, wo ein Wasserbau zur Erlangung gewisser Vortheile, oder zur Verhüthung zu besorgender Nachtheile nothwendig befunden wird, vorzugehen, und die Kosten zu denselben zu bestreiten seyen, wurde durch das Hofkanzleydecret vom 10. November 1830 [3] bestimmt.

Nachtheilig für die Ufer und die Schifffahrt können insbesondere auch die Schiffmühlen werden, es ist daher die eigenmächtige Einhängung oder Anlegung derselben in den angeführten Verordnungen eben so, wie die eigenmächtigen Ufer-Veränderungen und die eigenmächtigen Wasserbauten, verbothen, und nur den Kreisämtern hierzu die Bewilligung zu ertheilen gestattet.

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 114 und folg.

[2] Verordnung der N. Oest. Regierung vom 30. März 1828; eben da S. 116.

[3] Pol. Gesetze 58. Bd. S 213.

§. 108.

II. Künstlicher Zuwachs. 1. Durch Verarbeitung oder Vereinigung überhaupt.

(§§ 414 und 415 des b. G. B.)

Der künstliche Zuwachs wird entweder dadurch bewirkt, daß man seine Kunst oder Arbeit auf die Umstaltung einer fremden Materie verwendet (specificatio), z. B. aus fremdem Silber ein Gefäß verfertiget; oder daß man die fremde Sache mit der eigenen so in Verbindung bringt, daß beyde zusammen nur Einen Körper ausmachen (adjunctio), was durch Anschmieden, Anlöthen, Einfassen, Einweben, Aufnähen, Mahlen, Schreiben, Sticken ꝛc. geschehen kann; oder dadurch, daß fremde Sachen mit der eigenen, ohne unter denselben einen Zusammenhang zu bewirken, vermengt (commixtio); oder flüssige zusammen gegossen werden (confusio).

An und für sich ist eine solche, mit der fremden Sache vorgenommene Veränderung nicht hinreichend, um das Eigenthum der fremden zu erwerben, oder einen Zuwachs zu bewirken, weil es nicht von der Willkür des Handelnden abhängen kann, einen Andern seiner Sache zu berauben. Diesen Grundsatz enthält der §. 414 in den Worten: »Wer fremde Sachen verarbeitet; wer sie mit den seinigen vereinigt, vermengt, oder vermischt, erhält dadurch noch keinen Anspruch auf das fremde Eigenthum.«

Es ist also nach dem §. 415 bey der Frage: was in Ansehung der verarbeiteten oder vereinigten Sachen Rechtens sey, weiter zu unterscheiden, ob sie in den vorigen Stand zurück gebracht werden können oder nicht. »Können dergleichen verarbeitete Sachen in ihren vorigen Stand zurückgebracht; vereinigte, vermengte oder vermischte Sachen wieder abgesondert werden; so wird einem jeden Eigenthümer das Seinige zurückgestellet, und demjenigen Schadloshaltung geleistet, dem sie gebührt.« Die Schadloshaltung kann sich entweder auf die Kosten beziehen, welche auf die Vereinigung verwendet worden sind, oder auf den Nachtheil, welcher dadurch in der Sache

selbst verursacht worden ist. Würden z. B. auf eine Wand fremde Tapeten aufgespannt, welche wieder abgenommen werden müßten; so geht dadurch die auf das Aufspannen und Abnehmen verwendete Arbeit verloren und es können dabey auch die Tapeten beschädiget werden.

Geleistet muß die Schadloshaltung demjenigen werden, welchem ein Schade durch Verschulden verursacht worden ist (§. 1295), und leisten muß sie derjenige, welchem das Verschulden zur Last fällt. Fällt niemanden ein Verschulden zur Last, so ist der Schade ein zufälliger, und er muß dann von demjenigen getragen werden, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat (§. 1311).

»Ist die Zurücksetzung in den vorigen Stand, oder die Absonderung nicht möglich, so wird die Sache den Theilnehmern gemein.« Die Unmöglichkeit der Zurücksetzung in den vorigen Stand oder der Absonderung kann entweder eine absolute, oder eine bloß rechtliche seyn. Jene ist vorhanden, wenn sie die menschliche Kunst, oder die menschlichen Kräfte übersteigt, z. B. der Stein, der zu einer Statue bestimmt war, wurde zu einer Vase verarbeitet, oder, fremder Wein wurde mit dem eigenen vermischt; diese, wenn die Zurücksetzung in den vorigen Stand an sich zwar bewirkt werden könnte, aber mit beträchtlicher Verminderung des Werthes, oder dem gänzlichen Verluste dessen, was von Seite des einen Eigenthümers dazu verwendet worden ist, verbunden wäre: z. B. wenn das aus Silber verfertigte Gefäß wieder eingeschmolzen oder die in den Stoff künstlich eingenähten Spitzen wieder abgetrennt werden sollen. Daß die Trennung oder Zurücksetzung in den vorigen Stand in einem solchen Falle nicht verlangt werden könne, enthält der §. 843, und erklärt sich daraus, daß der Gesetzgeber das Verderben eines Kunstproductes, welches nach Umständen einen bedeutenden Werth hat, nicht wollen kann. Nach dem §. 843 kann jeder Theilgenosse einer untheilbaren Sache die Feilbiethung derselben verlangen, dieß kann aber in dem Falle, wo sie durch Vereinigung gemeinschaftlich geworden ist, nicht geschehen, weil hier zugleich auf die Art, wie die Gemeinschaft entstanden ist, Rücksicht genommen

werden muß. Der §. 415 verfügt also weiter: »Doch steht demjenigen, mit dessen Sache der Andere durch Verschulden die Vereinigung vorgenommen hat, die Wahl frey, ob er den ganzen Gegenstand gegen Ersatz der Verbesserung behalten, oder ihn dem Andern ebenfalls gegen Vergütung überlassen wolle.« Es wird hier vorausgesetzt, daß Einer der Theilgenossen die Verarbeitung oder Vereinigung durch Verschulden, d. i. aus böser Absicht, oder aus einer schuldbaren Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes bewirkt habe.

Der Fall, wo keinem Theile ein Verschulden zur Last fällt, z. B. wenn das geschlagene Holz zweyer Eigenthümer durch eine Ueberschwemmung vermengt worden ist; oder wo ein Dritter, sey es mit oder ohne Verschulden durch seine Handlung, an welcher keiner der Theilgenossen der vereinigten Sache Theil genommen hat, die Vereinigung verursacht hat, z. B. durch Umstoßen des Spieltisches, durch welches das auf dem Tische liegende Geld der Spielenden vermengt wurde, gehört nicht hierher, und ist nicht der Fall eines künstlichen Zuwachses; denn ein solcher ist nur dann vorhanden, wenn die auf die Verarbeitung einer fremden Sache verwendete Mühe oder Kunst, oder die Vereinigung einer fremden Sache mit der eigenen die Ursache ist, aus welcher der Verarbeiter den fremden Stoff, oder der Eigenthümer der Materie den Vortheil aus der fremden Arbeit, oder der Eigenthümer der einen Sache auch das Eigenthum der damit vereinigten, wegen der Verarbeitung oder Vereinigung, folglich wegen einer willkürlichen Handlung, ohne Zueignung oder Uebergabe, erwirbt. In den oben erwähnten Fällen ist bloß eine, auf zufällige Ereignung sich gründende Gemeinschaft vorhanden (denn auch die willkürliche Handlung eines Dritten ist für die Theilhaber der vereinigten Sache, welche dieselbe weder veranlassen noch verhindern konnten, ein Zufall), und es sind also auf dieselben die Vorschriften des 16ten Hauptstückes des b. G. B., und in Beziehung auf den Schadenersatz die des 30sten, nicht aber die des gegenwärtigen Paragraphes anzuwenden.

In dem Falle des gegenwärtigen Paragraphes hat der Theil,

welchem kein Verschulden zur Last fällt, den Vorzug, er kann die ganze Sache behalten, oder sie dem Andern gegen Vergütung seines Antheiles überlassen. Einer oder der Andere erwirbt also das, was vorher Eigenthum des Andern war, aber nur gegen Vergütung dessen, was die Sache durch Verarbeitung oder Vereinigung gewonnen hat, damit sich kein Theil mit dem Schaden des andern bereichere.

»Der Schuld tragende Theilnehmer wird nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht behandelt.« Redlich ist die Absicht desjenigen, welcher glaubt, demjenigen einen Nutzen zu verschaffen, dessen Sache er verarbeitet oder mit einer andern vereiniget hat, z. B. daß es ihm lieb seyn würde, wenn beyde Weine mit einander vermischt würden. Unredlich aber ist die Absicht, wenn der Handelnde wohl wußte, daß der Andere mit der Verarbeitung oder Vereinigung nicht einverstanden seyn würde, z. B. wenn der Künstler aus dem zu der Statue eines Heiligen bestimmten Steine eine mythologische Figur macht. Je nachdem der Verarbeitende oder Vereinigende redlich oder unredlich zu Werke gegangen ist, wird er bloße Schadloshaltung oder volle Genugthuung zu leisten haben (§§. 1323 und 1324).

»Kann aber keinem Theile ein Verschulden beygemessen werden, so bleibt dem, dessen Antheil mehr werth ist, die Auswahl vorbehalten.« Jedoch wird auch in diesem Falle derjenige, welcher die vereinigte Sache bekommt, dem Andern zum Ersatze verpflichtet seyn, weil es unter den vorausgesetzten Umständen um so weniger zulässig ist, daß sich Einer mit dem Schaden des Andern bereichere. Ein solcher Fall kann eintreten, wenn jemand aus schuldloser Unwissenheit, z. B. als vermeintlicher Erbe, die fremde Sache verarbeitet, oder mit der seinigen vereinigt.

Aus der genauen Erwägung der hier in Betrachtung kommenden Verhältnisse ergibt sich, daß redliche Absicht und redlicher Besitz keineswegs einerley sey. Redliche oder unredliche Absicht kann jedem Handelnden beygelegt werden, er mag die Sache, in welcher er die Handlung vornimmt, in seinem Besitze haben oder

nicht. Wohl aber ist bey dem redlichen Besitzer auch eine redliche Absicht vorhanden, weil er die fremde Sache für seine eigene hält; allein davon, wozu ein redlicher Besitzer berechtiget, oder ein unredlicher, als solcher verpflichtet ist, wird nicht hier, sondern in dem Hauptstücke: von dem Besitze, gehandelt. Es ist also zu unterscheiden, welche Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Besitze, und welche aus der Verarbeitung oder Vereinigung entstehen.

Ferner erhellt aus dem Obigen, daß derjenige, welcher eine fremde Sache verarbeitet oder vereiniget, sich von einem Geschäftsführer ohne Auftrag wesentlich unterscheide, denn die Geschäftsführung ohne Auftrag setzt so, wie das Vollmachtsverhältniß voraus, daß man das Geschäft im Nahmen eines Andern verrichte; bey der Verarbeitung oder Vereinigung aber, von welcher im §. 415 die Rede ist, wird dieß nicht vorausgesetzt, da die Verarbeitung oder Vereinigung im eigenen Nahmen vorgenommen wird. Der §. 415 kann also mit den Verfügungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§. 1036—1040), welche ganz verschiedene Fälle behandeln, in keinem Widerspruche stehen, und es ist durchaus keine Veranlassung da, in dem Texte des §. 415 eine Emendation vorzunehmen [1].

§. 109.

2. Insbesondere: a. durch Verwendung fremder Materialien zur Ausbesserung.

(§. 416 des b. G. B.)

»Werden fremde Materialien nur zur Ausbesserung einer Sache verwendet, so fällt die fremde Materie dem Eigenthümer der Hauptsache zu, und dieser ist verbunden, nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Verfahrens, dem vorigen Eigenthümer der verbrauchten Materialien den Werth derselben zu bezahlen.«

Der in diesem Paragraphe vorausgesetzte Fall unterscheidet

---

[1] Vergl. des Hrn. k. Raths Schuster, Beyträge zur Hermeneutik des Oesterreichischen Privatrechtes, 5te Lieferung; in Wagner's Zeitschrift, Jahrgang 1830, 8tes Heft, S. 63.

sich von dem des vorhergehenden Paragraphes wesentlich darin, daß durch die Vereinigung, von welcher hier die Rede ist, keine Gemeinschaft der vereinigten Sachen entsteht, sondern die Sache, welche verbessert wurde, immer als die Hauptsache angesehen, und die vereinigte Nebensache als ein Theil derselben erworben wird. Es kann aber auch dieser Paragraph nur dann zur Anwendung kommen, wenn sich die verbesserte Sache als Hauptsache ansehen läßt, z. B. wenn eine halbe Elle fremden Stoffes zur Ausbesserung eines aus mehreren Ellen verfertigten Kleides verwendet würde. Wäre dieß nicht der Fall, z. B. aus zwey schadhaften Teppichen wäre ein dritter zusammengesetzt worden, so käme nicht dieser, sondern vielmehr der vorige Paragraph zur Anwendung.

Die Verfügung des §. 416 gründet sich darauf, daß die zur Ausbesserung verwendete Sache ein Theil der ausgebesserten wird, und überdieß gewöhnlich einen viel geringeren Werth als die Hauptsache hat. In dem angeführten Paragraphe wird vorausgesetzt, daß der Eigenthümer selbst die fremde Sache zur Ausbesserung der seinigen verwendet habe, da er nach der Verschiedenheit seiner Absicht zum Ersatze verbunden wird; allein dieß ist wohl nicht wesentlich, vielmehr müßten nach der klaren Absicht des Gesetzes die nähmlichen Grundsätze auch gelten, wenn nicht der Eigenthümer des zur Ausbesserung verwendeten Stoffes, sondern ein Dritter die Vereinigung vorgenommen hätte. Ob der die Verbesserung Vornehmende Besitzer oder bloßer Inhaber der fremden Sache war, ist in Beziehung auf die Frage, wem die vereinigte Sache gehöre, gleichgültig; aber rücksichtlich der Vergütung kommt es wesentlich darauf an, ob sein Verfahren redlich oder unredlich war, d. h. ob er sich zur Vereinigung berechtiget glaubte oder nicht. Kommt dem Eigenthümer der Hauptsache ein redliches Verfahren zu Statten, so hat er nur den gemeinen Werth der Sache zu ersetzen; fällt ihm aber ein unredliches Verfahren zur Last, so ist dieß die böse Absicht, dem Andern mit Wissen und Willen Schaden zu verursachen (§. 1294), und es entsteht hieraus die Verbindlichkeit, dem Beschädigten volle Genugthuung zu leisten (§. 1324) [1].

---

[1] Man kann also nicht sagen, daß in dem Falle, wo ein bloßer Inhaber der fremden Sache die Vereinigung vorgenommen hat, nur

§. 110.

b. Durch das Bauen.

Durch das Bauen entsteht ein Zuwachs, wenn der Grund und die Materialien verschiedenen Eigenthümern gehören. Der Fall kann auf dreyerley Art vorkommen, indem nähmlich auf eigenem Boden mit fremden Materialien, oder auf fremdem Boden mit eigenen Materialien, oder auf fremdem Boden mit fremden Materialien gebaut wird. Das Gesetz dringt in diesen Fällen nicht, wie bey einem anderen künstlichen Zuwachse (§. 415), auf Absonderung, weil, wenn sie auch möglich wäre, dieselbe gewöhnlich mit Verlust an den Materialien, an Zeit und Arbeit verbunden wäre, und die Unzukömmlichkeit nach sich zöge, daß durch das Wegreissen und Wiederaufbauen Unbequemlichkeiten und Verunstaltungen entstünden, und dadurch auch das allgemeine Wohl benachtheiliget würde. Es ist also eine Begünstigung der Gebäude, daß auf die Erhaltung derselben vorzüglich Rücksicht genommen, und zu diesem Zwecke das Eigenthumsrecht beschränkt wird.

Bey der Vereinigung durch das Bauen wird der Boden als die Hauptsache angesehen, da er das Bleibende ist, und, wenn er auch für sich genommen nicht immer größeren Werth als die Materialien hat, doch in andern Rücksichten, z. B. wegen der Nachbarschaft oder wegen Vorrechten, welche mit demselben verbunden sind, als der wichtigere Theil dessen, was vereiniget worden ist, erscheint; das Gebäude wird daher als Zugehör des Grundes betrachtet (§. 297), und wächst der Regel nach dem Eigenthümer des letzten zu. Die oben erwähnten drey Fälle werden nun in den folgenden Paragraphen näher auseinander gesetzt.

---

das persönliche Sachenrecht, folglich die Vorschriften der 2ten Abtheilung des II. Theils des b. G. B., nicht aber der gegenwärtige Paragraph in Anwendung komme, da immer zuerst über das Eigenthum der vereinigten Sache nach dem §. 416 entschieden werden muß, dann aber erst die Vorschriften über den Schadenersatz in Anwendung kommen. Vergleiche die im vorigen Paragraphe angeführte Abhandlung S. 88.

§. 111.

Erster Fall. Bauen mit fremden Materialien auf eigenem Boden.

(§. 417 des b. G. B.)

»Wenn jemand auf eigenem Boden ein Gebäude aufführet, und fremde Materialien dazu verwendet hat, so bleibt das Gebäude zwar sein Eigenthum; doch muß selbst ein redlicher Bauführer dem Beschädigten die Materialien, wenn er sie außer den im §. 367 angeführten Verhältnissen an sich gebracht hat, nach dem gemeinen; ein unredlicher aber muß sie nach dem höchsten Preise, und überdieß noch allen anderweitigen Schaden ersetzen.«

Selbst der redliche Bauführer muß den Werth der Materialien, wenn er nicht nach dem §. 367 sogleich Eigenthümer derselben geworden ist, ersetzen, weil sie nach strengem Rechte vindicirt werden könnten, der Bauende aber dann nicht nur die Materialien selbst, sondern auch die auf den Bau verwendeten Kosten verlöre, und durch Verzug vielleicht auch sonst Nachtheil erlitte, der Eigenthümer der Materialien muß sich also mit dem Ersatze des Werthes begnügen. In dem Falle, wo der Bauende die Materialien auf eine der im §. 367 enthaltenen Arten erworben hat, bleibt dem Eigenthümer der Materialien nur der Regreß gegen den, welcher eine fremde Sache als die seinige veräußert hat.

Ist der Bauende bey der Verwendung fremder Materialien zu seinem Baue unredlich zu Werke gegangen, indem er nähmlich wußte, oder aus den Umständen vermuthen sollte, daß sie einem Andern gehören; so bleiben sie zwar auch in diesem Falle dem Eigenthümer des Grundes, allein er muß sie nach dem höchsten, d. i. außerordentlichen Preise, folglich nach dem Werthe, den sie für den Eigenthümer nach seinen besondern Verhältnissen gehabt hätten, und nach Umständen auch nach dem Werthe der Vorliebe (§§. 305 u. 1331), gleich einem andern unredlichen Besitzer (§. 335), vergüten, und allen noch anderweitigen Schaden, welcher z. B. daraus entspringt, daß der Eigenthümer der Materialien nun selbst in seinem Baue gehemmt ist, ersetzen.

§. 112.

Zweyter Fall. Bauen mit eigenen Materialien auf fremdem Boden.

(§. 418 des b. G. B.)

»Hat im entgegengesetzten Falle jemand mit eigenen Materialien, ohne Wissen und Willen des Eigenthümers auf fremdem Grunde gebaut, so fällt das Gebäude dem Grundeigenthümer zu. Der redliche Bauführer kann den Ersatz der nothwendigen und nützlichen Kosten fordern; der unredliche wird gleich einem Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt.«

Der redliche Bauführer kann also nur in so fern einen Ersatz seiner Auslagen verlangen, als dem Eigenthümer des Grundes dadurch ein klarer und überwiegender Vortheil entstanden ist (§. 1037). Ist der überwiegende Vortheil nicht klar, oder hat der Bauende eigenmächtig so wichtige Veränderungen in der fremden Sache vorgenommen, daß die Sache dem Eigenthümer zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benützte, unbrauchbar wird, so ist dieser zu keinem Ersatze verbunden, er kann vielmehr verlangen, daß der Bauende auf eigene Kosten die Sache in den vorigen Stand zurücksetze, oder, wenn das nicht möglich ist, ihm volle Genugthuung leiste (§. 1038).

»Hat der Eigenthümer des Grundes die Bauführung gewußt, und sie nicht sogleich dem redlichen Bauführer untersagt, so kann er nur den gemeinen Werth für den Grund fordern.«

Es muß nähmlich unter diesen Umständen vorausgesetzt werden, daß der Eigenthümer des Grundes die unredliche Absicht gehabt hat, sich mit fremdem Schaden zu bereichern. Das Gesetz berücksichtiget darum mehr den redlichen Bauführer, und räumt ihm gegen die sonst geltende Regel: das Gebäude wächst dem Grunde zu, die Befugniß ein, die Abtretung des Grundes bloß gegen Erstattung des gemeinen Werthes zu verlangen.

Was Rechtens sey, wenn auch dem Bauenden Unredlichkeit zur Last fiele, ist schon in der vorhergehenden Verfügung des §. 418 entschieden; er wird nähmlich als ein Geschäftsführer ohne

Auftrag behandelt. Diese Verfügung lautet allgemein; das Eigenthum des Gebäudes gehört also auch in diesem Falle dem Grundeigenthümer, und der Umstand, daß dieser von dem Baue gewußt, und den Bauenden nicht gewarnt hat, kommt nur bey der Leistung des Ersatzes in Betrachtung (§. 1304).

§. 113.

Dritter Fall. Bauen mit fremden Materialien auf fremdem Boden.

(§. 419 des b. G. B.)

»Ist das Gebäude auf fremdem Grunde, und aus fremden Materialien entstanden, so wächst auch in diesem Falle das Eigenthum desselben dem Grundeigenthümer zu. Zwischen dem Grundeigenthümer und dem Bauführer treten die nähmlichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie in dem vorstehenden Paragraphe, ein, und der Bauführer muß dem vorigen Eigenthümer der Materialien, nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht, den gemeinen oder den höchsten Werth ersetzen.«

Der dritte Fall löst sich also eigentlich in die zwey vorhergehenden auf, und es kommt bey demselben ein doppeltes Verhältniß in Betrachtung: a) das Verhältniß des Grundeigenthümers und des Bauenden; b) das Verhältniß des Bauenden und des Eigenthümers der Materialien. Jenes ist nach dem §. 418, dieses nach dem §. 417 zu beurtheilen. Der Eigenthümer des Grundes erwirbt also der Regel nach das Gebäude, jedoch nur gegen Ersatz der nothwendigen und nützlichen Kosten, wenn der Bauende redlich zu Werke gegangen ist; im entgegen gesetzten Falle hat er bloß jene Kosten zu ersetzen, aus welchen für ihn ein überwiegender Vortheil entstanden ist.

§. 114.

III. Vermischter Zuwachs durch Säen und Pflanzen.

(§. 420 des b. G. B.)

Der vermischte Zuwachs tritt bey dem Säen und Pflanzen ein, wenn der ausgesäete Same oder die eingesetzten Pflanzen uud der Boden verschiedenen Eigenthümern gehören. Dieß kann

eben so, wie bey dem Bauen, auf dreyerley Art vorkommen, daher der §. 420 bloß die über das Bauen gegebenen Vorschriften auf die Fälle des Säens und Pflanzens ausdehnt, indem es hier heißt: »Was bisher wegen der mit fremden Materialien aufgeführten Gebäude bestimmt worden ist, gilt auch für die Fälle, wenn ein Feld mit fremden Samen besäet, oder mit fremden Pflanzen besetzt worden ist. Ein solcher Zuwachs gehört dem Eigenthümer des Grundes, wenn anders die Pflanzen schon Wurzel geschlagen haben.«

Eben so ist auch hinsichtlich des Ersatzes des Samens und der Pflanzen, oder der Vergütung des Schadens, welchen der Eigenthümer derselben erleidet, nach dem Unterschiede, ob der Säende oder Pflanzende redlich oder unredlich zu Werke ging, das anzuwenden, was hierüber in Bezug auf das Bauen angeordnet wurde. Das Eigene besteht bey dem gemischten Zuwachse nur darin, daß die Pflanzen immer, folglich selbst dann, wenn der Eigenthümer des Grundes den Säenden oder Pflanzenden nicht gewarnt hat, als ein Zuwachs des Grundes betrachtet, und dem Eigenthümer desselben zugesprochen werden, was sich daraus erklären läßt, daß der Werth der Pflanzen im Verhältnisse mit dem Werthe des Grundes der Regel nach sehr gering ist, es folglich sehr unnatürlich wäre, daß der Boden je als ein Zuwachs des Samens oder der Pflanzen betrachtet werde.

Die Vereinigung mit dem Boden ist rücksichtlich des Samens geschehen, wenn der Same ausgesäet ist, denn eine Absonderung ist schon dann nicht wohl möglich; bey dem Anpflanzen muß aber hinzukommen, daß die Pflanzen Wurzel geschlagen haben, weil sonst die Absonderuug geschehen, und jedem Eigenthümer das Seinige gelassen werden kann.

§. 115.

Nach welchen Regeln die zweifelhaften Rechte rücksichtlich eines Baumes, oder der Früchte desselben beurtheilt werden.

(§§. 421 und 422 des b. G. B.)

»Das Eigenthum eines Baumes wird nicht nach den Wurzeln, die sich in einem angränzenden Grunde verbrei-

ten, sondern nach dem Stamme bestimmt, der aus dem Grunde hervorragt. Steht der Stamm auf den Gränzen mehrerer Eigenthümer, so ist ihnen der Baum gemein« (§. 421), folglich auch die Früchte desselben, und zwar zu gleichen Theilen, da das Gesetz die Größe der Antheile nicht bestimmt (§. 859).

»Jeder Grundeigenthümer kann die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden reissen, und die über seinem Luftraume hängenden Aeste abschneiden oder sonst benützen.« (§. 422.)

Diese Befugnisse ergeben sich aus dem Zugehöre des Bodens (§. 297). Aus dem Eigenthume des Baumes folgt aber, daß das Holz der von dem Nachbar ausgerissenen Wurzeln oder der abgeschnittenen Aeste dem überlassen werden müsse, welchem der Baum gehört; ferner, daß der Eigenthümer des Baumes auch die auf den Grund des Nachbarn hängenden Aeste wegzuhauen befugt ist; endlich daß, wenn der Baum durch einen Sturm oder andern Zufall auf den Grund des Nachbarn geworfen würde, der Eigenthümer desselben das Recht habe, ihn, mit den allenfalls noch daran hangenden Früchten wegzunehmen [1].

Aus dem Rechte aber, welches dem Nachbar zur Benutzung der überhängenden Aeste eingeräumt wird, folgt, daß der Eigenthümer des Baumes diese Früchte weder mit Werkzeugen von dem fremden Grunde wegnehmen, noch durch Ueberbeugung der Aeste an sich ziehen dürfe [2], denn der Nutzen von diesen Aesten wird dem Nachbar von dem Gesetze zugesprochen, und es besteht hierin das durch Gewohnheitsrecht eingeführte und den Tractatus de juribus incorporalibus [3] bestätigte Ueberfallsrecht.

---

[1] Preuß. Landrecht 1. Thl. 9. Tit. §§. 288 und 293—295.
[2] Eben daselbst §. 290 und 291.
[3] 13. Tit. §. 9.

Fünftes Hauptstück.

Von der Erwerbung des Eigenthumes durch Uebergabe.

§. 116.

Von der mittelbaren Erwerbung überhaupt.

(§. 423 des b. G. B.)

„Sachen, die schon einen Eigenthümer haben, werden mittelbar erworben, indem sie auf eine rechtliche Art von dem Eigenthümer auf einen Andern übergehen.“ Denn wer Sachen, die einem Andern gehören, durch einen einseitigen, bloß in seinem Willen gegründeten Act (Occupation) erwerben wollte, griffe in das Recht des Andern ein; sie müssen also auf eine rechtliche Art, d. i. aus einem von dem Gesetze anerkannten Grunde, durch welchen die Erwerbung, ohne fremde Rechte zu verletzen möglich wird, von dem Eigenthümer auf einen Andern übergehen. Dieser Grund heißt Titel, und der Act, durch welchen die Sache von dem Einen auf den Andern übergeht, Erwerbungsart (oben §. 82, S. 133).

§. 117.

Titel der mittelbaren Erwerbung.

(§. 424 des b. G. B.)

„Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Vertrage; in einer Verfügung auf den Todesfall; in dem richterlichen Ausspruche; oder, in der Anordnung des Gesetzes.“

Die beyden hier zuerst genannten Titel erklären sich aus den Befugnissen des Eigenthümers, unter welche vorzüglich auch die gehört, seine Sache ganz oder zum Theile auf Andere zu übertragen (oben §. 69, S. 107). Der richterliche Ausspruch ist der Titel der Erwerbung, wenn man durch denselben das Recht, eine bestimmte fremde Sache zu erwerben erlangt. Dieß findet Statt,

wenn einem Gläubiger entweder im Wege der Execution oder des Concurs-Verfahrens eine Sache des Schuldners an Zahlungsstatt eingeantwortet wird. Wie dieß geschehen könne, bestimmt die Gerichtsordnung [1]. Der Gläubiger erhält in einem solchen Falle den Titel durch den Ausspruch oder die Einantwortung des Richters, weil er vorher wohl ein Recht, seine Befriedigung zu verlangen, aber nicht gerade ein Recht auf eine bestimmte Sache des Gläubigers gehabt hat. In den Fällen, wo jemand schon aus einem Vertrage oder einem letzten Willen ein Recht auf eine bestimmte Sache hatte, und dieses Recht dann durch den Richter geltend macht; kann der richterliche Ausspruch nur in so fern als Titel angesehen werden, als man in der Folge sich nur auf ihn zu berufen braucht, und das schon früher vorhandene Recht weiter nicht mehr in Betrachtung kommt. Der richterliche Ausspruch ist auch als Titel rücksichtlich des einzelnen Theiles anzusehen, wenn eine gemeinschaftliche Sache durch den Ausspruch des Richters getheilt wird (§. 841). Ist einer von den Fällen vorhanden, wo der richterliche Ausspruch der eigentliche Titel ist, so verfügt der Richter statt des Schuldners über die Sache dieses Letztern; daher kommt, wenn es sich um die Rechte des Vormannes handelt, nicht der Richter, sondern der Schuldner als voriger Besitzer in Betrachtung.

Das Gesetz enthält den Titel zur Erwerbung in allen den Fällen, wo es ohne einen der vorhergehenden Gründe, den Uebergang des Eigenthums von dem Einen auf den Andern anordnet. Dergleichen Fälle sind: die Erwerbung der Nutzungen durch den redlichen Besitzer (§. 329); die Fälle des §. 367; die Erwerbung in einigen Fällen des Zuwachses (§§. 407—420) ꝛc. Die Ersitzung, welche ebenfalls gewöhnlich hierher gezählt wird, gehört aber nicht überhaupt hierher, denn ihrem Begriffe nach ist sie weder Titel noch Erwerbungsart, sondern setzt vielmehr schon beyde voraus, und ergänzt nur den der Erwerbung entgegenstehenden Mangel, daß dem Vormanne selbst das zu übertragende Recht nicht zustand. Nur in so fern derjenige, welcher eine unbewegliche, in den öffentlichen Büchern eingetragene Sache

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 118.

bloß durch den physischen Besitz ersessen hat, auf Zuerkennung des Eigenthums nur gegen den klagen kann, gegen welchen ersessen wurde (§§. 1498 und 1500); kann die Ersitzung, da sie in diesem Falle nur gegen eine bestimmte Person ein Recht gibt, als Titel betrachtet werden.

§. 118.

Erwerbungsart.

(§. 425 des b. G. B.)

»Der bloße Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden.«

Das Gesetz wiederhohlt hier rücksichtlich des Eigenthums, was schon im §. 380, nur mit etwas andern Worten, vorkommt, und dehnt zugleich diese Regel auf die dinglichen Rechte überhaupt aus.

Es ist zwar an und für sich nicht unmöglich, daß auch dingliche Rechte durch einen bloßen Titel auf einen Andern übertragen werden, aber die Sicherheit des Verkehres fordert es, daß dieß wenigstens nicht als Regel gelte. Unser Gesetz fordert daher zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes in der Regel nebst dem Titel auch eine Erwerbungsart, d. i. eine Veränderung, durch welche es auch einem Dritten erkennbar wird, daß der Berechtigte sein Recht auf einen Andern übertragen, und dieser es in seinen Besitz gebracht habe [1].

---

[1] Das neuere Französische Recht hat den Grundsatz angenommen, daß auch dingliche Rechte durch bloße Uebereinkunft der Parteyen erworben werden können (art. 711, 938, 1138, 1583). Zachariä bemerkt aber in seinem Handbuche des Französischen Civil-Rechtes, 1. Bd. §. 180, S. 352, daß diese Abweichung von dem Römischen und älteren Französischen Rechte für das Eigenthum die bedenklichsten Folgen gehabt hätte, wenn sie nicht durch andere Gesetze mehrfach beschränkt, und unschädlich gemacht worden wäre. Es zeigt sich auch hieraus, daß man dem Systeme unserer Civil-Gesetze einen schlechten Dienst erweisen würde, wenn man den auf

Die Ausnahmen von der Regel, auf welche in dem obigen Paragraphe hingedeutet wird, haben in mehreren von den Fällen Statt, in welchen das Eigenthum vermöge der Anordnung des Gesetzes auf einen Andern übergeht. So kann man z. B. bey der Erwerbung durch das Finden verlorner Sachen nicht sagen, daß die Ergreifung die Erwerbungsart sey, denn der Finder erwirbt durch dieselbe noch kein Recht; auch gibt das Finden einer solchen Sache keinen Titel, denn durch das Finden allein ist man noch nicht berechtiget, die gefundene Sache zu erwerben. Man kann auch nicht sagen, daß der Titel in diesem Falle im Gesetze gegründet sey, denn der Finder hat vor Verlauf der im Gesetze bestimmten Zeit überhaupt noch gar kein Recht zur Erwerbung der gefundenen Sache, er muß sie zu jeder Zeit zurückstellen, wenn sich der vorige Inhaber meldet und sein Recht ausweist. Erst wenn alle im Gesetze bestimmten Erfordernisse vorhanden sind, und die Verjährungszeit vorüber ist, hat der Finder das Eigenthum erworben, ohne daß man hierbey Titel und Erwerbungsart unterscheiden könnte. So ist es auch bey der Erwerbung durch Anspühlung, durch Ansetzung eines abgerissenen Landes, und in mehreren andern Fällen des Zuwachses.

§. 119.

Insbesondere: 1. bey beweglichen Sachen.

(§§. 426—428 des b. G. B.)

Bey beweglichen Sachen besteht die Erwerbungsart darin, daß man zu denselben in ein Verhältniß gesetzt wird, durch welches es möglich wird, auf dieselben einzuwirken, und die fremde Einwirkung auf sie auszuschließen, zugleich aber die Absicht hat, dieses auch wirklich zu thun; ein solches Verhältniß heißt aber Besitz (oben §. 19); man erwirbt also bewegliche Sachen, wenn

---

den Begriff des Titels und der Erwerbungsart gegründeten Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten aufheben, und noch eine dritte Gattung der Rechte, nähmlich dinglich-persönliche, oder persönlich-dingliche annehmen wollte (s. oben die Anmerkung zu dem §. 17, S. 26).

man in den Besitz derselben gesetzt wird. Das gewöhnliche Mittel hierzu ist die eigentliche oder körperliche Uebergabe, daher heißt es im §. 426: »Bewegliche Sachen können in der Regel nur durch körperliche Uebergabe von Hand zu Hand an einen Andern übertragen werden.«

Unter der Uebergabe wird also diejenige Handlung verstanden, durch welche jemanden der freye Besitz einer Sache in der Absicht eingeräumt wird, das Eigenthum zu übertragen, der Uebernehmer aber zugleich die Absicht an den Tag legt, es wirklich zu erlangen. Daß, wenn die Uebertragung des Eigenthums wirklich erfolgen soll, die Uebergabe vermöge eines rechtlich gültigen Grundes, d. i. eines Titels, geschehen müsse, folgt schon aus dem Vorhergehenden; ferner, daß derjenige, welcher die Sache übergibt, oder in dessen Nahmen sie übergeben wird, selbst Eigenthümer seyn müsse, ergibt sich aus dem im §. 442 ausgesprochenen Grundsatze, daß niemand einem Andern mehr Rechte abtreten kann, als er selbst hat.

Da nun eine Uebergabe von Hand zu Hand, d. i. in die Gewahrsame oder den physischen Besitz der Sache selbst nicht immer möglich, oder wenigstens oft mit großen Schwierigkeiten verbunden ist; so ist man natürlich dahin gekommen, auch solche Handlungen als Uebergabsacte gelten zu lassen, durch welche die Absicht des Uebergebers und Uebernehmers deutlich erkannt wird, ohne daß der Uebernehmer die Sache selbst in seine Gewalt bringt. Wann und in wie fern dieß geschehen könne, bestimmt der §. 427: »Bey solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie bey Schuldforderungen, Frachtgütern, bey einem Waarenlager oder einer andern Gesammtsache, gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen; indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, oder die Werkzeuge übergibt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder, indem man mit der Sache ein Merkmahl verbindet, woraus jedermann

deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist.“

In dieser Anordnung wird also vorausgesetzt, daß die zu übergebende bewegliche Sache eine wirkliche Uebergabe ihrer Beschaffenheit nach nicht zulasse. Dieß ist 1. der Fall bey unkörperlichen Sachen oder Rechten; 2. bey jenen Sachen, welche der Uebergebende selbst noch nicht in seiner Macht hat, über welche ihm jedoch das ausschließende Verfügungsrecht zusteht, und durch den Besitz eines Andern nicht unmöglich gemacht wird, wie dieß bey Sachen Statt findet, welche dem Uebergebenden überbracht oder zugeführt werden, zu deren Empfange er durch einen Frachtbrief oder eine ähnliche Urkunde berechtiget worden ist; 3. bey jenen Sachen, welche ihres Umfanges, ihrer Menge oder anderer Umstände wegen nicht sogleich von der Stelle gebracht werden können, und der Einwirkung Anderer ausgesetzt bleiben, z. B. bey dem im Walde erkauften Holze, oder dem im Keller befindlichen Weine, oder bey einem Waarenlager, wo die Uebergabe der einzelnen Stücke viele Zeit erfordern, und den Verkehr mit denselben hindern würde.

In solchen Fällen kann statt der Sache selbst die Urkunde übergeben werden, durch welche das Recht, die Sache zu übernehmen, dargethan wird, z. B. eine Anweisung, welche überhaupt auf den Ueberbringer lautet, folglich auch die auf diese Art ausgestellten Schuldscheine (§. 1393). Bey Schuldscheinen, welche nicht auf den Ueberbringer lauten, ist die Urkunde nur ein Beweis des zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisses, die blosse Innehabung einer solchen Urkunde beweist aber für einen Dritten noch nicht, daß auch zwischen ihm und dem Schuldner ein solches Rechtsverhältniß besteht, sondern dieß muß von dem Dritten durch die geschehene Cession dargethan werden; die blosse Uebergabe einer solchen Schuldurkunde ist also zur Uebertragung des Eigenthums der Forderung nie hinreichend, da der Uebernehmer dadurch die freye Verfügung über die Forderung nicht erhält, und sie nicht geltend machen kann [1]. Eine Urkunde, durch welche nicht die Zuständigkeit des

[1] Vgl. Nippel über symbolische Uebergaben, in Wagner's Zeit-

Rechtes an sich, sondern die Uebertragung desselben auf einen Andern dargethan werden soll, z. B. ein Schenkungsvertrag, ist nicht die Uebergabe der Sache selbst, sondern bloß eine schriftliche Erklärung des Uebergebenden, daß er die Sache übergeben wolle. Durch eine solche Erklärung kann die Uebergabe nur ausnahmsweise bewirkt werden, wie gleich hernach gesagt werden wird.

Zuweilen können statt der Sache die Werkzeuge übergeben werden, durch welche der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, die Sache nach seinem Gefallen in seine Gewahrsame zu nehmen, und auf dieselbe einzuwirken, z. B. die Schlüssel zu dem Keller, oder zu dem Waarenlager.

Oder es können endlich auch zum Zeichen der Uebergabe mit der Sache Merkmahle verbunden werden, aus welchen die Ueberlassung an einen Andern deutlich erkannt wird. Durch eine solche Bezeichnung wird die gewünschte Absicht um so leichter erreicht, wenn zu diesem Zwecke gewisse Zeichen schon angenommen sind, z. B. das Aufdrücken des Siegels bey dem im Keller erkauften Weine; das Einbrennen der Nahmenschiffre bey Thieren; das Anhauen der zum Schlagen bestimmten Bäume, u. d. gl. Eigentlich kann man nur diese Art der Uebergabe eine Uebergabe durch Zeichen, oder eine symbolische nennen; im weiteren Sinne wird aber jede, welche nicht durch körperliche Uebergabe der Sache selbst geschieht, darunter begriffen.

Es gibt auch Fälle, wo eine blosse Erklärung die Stelle der Uebergabe vertritt, dieß kann aber nur dann Statt finden, wenn zwar das Eigenthum auf einen Andern übertragen wird, aber die Sache dem Veräußernden zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder zu einem andern Zwecke überlassen wird, und somit dieser sie im fremden Nahmen behält; oder auch, wenn der Uebernehmer die Sache schon inne hat, und es nur darum zu thun

---

schrift, J. 1826, 9. H. S. 97. Fischer: auch einige Worte über die Erwerbung des Eigenthumes beweglicher Sachen durch Urkundenübergabe; eben da J. 1827, 12. H. S. 312; und den Rechtsfall zur Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über symbolische Uebergaben durch Urkunden, vom Hrn. Landrathe Nippel; eben da. J. 1829, 1. H. S. 36.

ist, daß er berechtiget werde, sie im eigenen Nahmen zu behalten. Diese Bestimmungen enthält der §. 428: »Durch Erklärung wird die Sache übergeben, wenn der Veräußerer auf eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, daß er die Sache künftig im Nahmen des Uebernehmers inne habe; oder, daß der Uebernehmer die Sache, welche er bisher ohne ein dingliches Recht inne hatte, künftig aus einem dinglichen Rechte besitzen solle.«

Wollte man in diesen Fällen eine Uebergabe vornehmen, so müßte im ersten Falle der Veräußernde dem Erwerber die Sache übergeben, und dieser sie jenem wieder zurückgeben; im zweyten Falle müßte sie der Inhaber seinem Vormanne herausgeben, und dieser sie dem Erwerbenden zurückstellen. Dieses Hin- und Hergeben wäre aber ohne allen Nutzen, denn für die Handelnden reicht eine deutliche Erklärung hin, um das Verhältniß zu bestimmen, welches zwischen ihnen Statt haben soll; für dritte Personen nutzt aber in solchen Fällen die Uebergabe nichts, weil sie ihnen nicht erkennbar wird. Ueberdieß ist es für Dritte im Allgemeinen gleichgültig, ob derjenige, der eine Sache in seiner Gewalt hat, sie bloß inne habe, oder wirklich besitze. Wollen sie sich aber von dem Rechte überzeugen, das der Inhaber über die Sache zu haben behauptet, so ist die Erklärung hinreichend, um daraus zu erkennen, wer der Berechtigte sey.

Aus dem Gesagten erhellt, daß es keineswegs der Willkür der Parteyen überlassen ist, an die Stelle der körperlichen Uebergabe jene durch Urkunden, Werkzeuge oder Zeichen, oder eine blosse Erklärung zu setzen; denn wäre das, so hinge es von ihnen ab, die zur Sicherheit des Verkehres überhaupt von dem Gesetze getroffene Verfügung aufzuheben. Ist also die Uebergabe nicht gehörig geschehen, so kann hieraus immer für den einen oder den andern Theil ein wesentlicher Nachtheil entstehen; z. B. wenn das mit der Sache verbundene Merkmahl nicht von der Art ist, daß hieraus die Ueberlassung an einen Andern mit Zuverlässigkeit erkannt werden kann, so müßte jener in dem Besitze oder Eigenthume geschützt werden, welchem die Sache von dem nähmlichen Vormanne auf gehörige Weise übergeben worden ist, und

dem früheren Erwerber bliebe bloß der Regreß an den treulos handelnden Vormann. Insbesondere hat sich der Erwerber in dem Falle vorzusehen, wo die Sache bey dem Veräußernden gelassen wird; denn wenn der Inhaber in einem solchen Falle die Sache im eigenen Nahmen wieder hintangäbe, würde das Eigenthum für den ersten Erwerber verloren gehen, wenn die Bestimmungen des §. 367 eintreten; ein solcher Verlust ist aber nicht zu besorgen, wenn der Erwerber die Sache sogleich in seine Gewahrsame bringt.

§. 120.

Wann die Uebergabe bey übersendeten Sachen für geschehen anzunehmen ist.

(§. 429 des b. G. B.)

»In der Regel werden überschickte Sachen erst dann für übergeben gehalten, wenn sie der Uebernehmer erhält; es wäre denn, daß dieser die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmiget hätte.«

Die hier ausgesprochene Regel gründet sich auf den Begriff der Uebergabe, welche nur dann geschehen ist, wenn dem Uebernehmenden der freye Besitz der Sache eingeräumt wurde; diesen erlangt aber der Uebernehmer erst dann, wann er die Sache in seiner Gewalt hat. Die im Paragraphe enthaltene Ausnahme erklärt sich dadurch, daß durch die Bestimmung oder Genehmigung der Ueberschickungsart die Mittelsperson, durch welche die Uebersendung geschieht, zum Stellvertreter des Uebernehmenden gemacht worden ist, folglich der mit ihm vorgenommene Act so angesehen werden muß, als ob er mit dem Vertretenen selbst vorgenommen worden wäre.

Die Folgen dieses Paragraphs sind sehr wichtig; denn ist die Ueberschickungsart von dem Uebernehmer weder bestimmt, noch genehmiget worden, so bleibt der Uebersender Eigenthümer der Sache, bis sie an den Uebernehmer gelangt; geht sie also auf dem Wege verloren, so schadet der Zufall ihm. Hingegen kann er auch mit der noch auf dem Wege befindlichen Sache nach Willkür verfügen, und insbesondere in dem Falle, wo zu besorgen ist, daß der Uebernehmer seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen

wird, weil er z. B. der Crida nahe, oder schon wirklich Cridar geworden ist, sich dadurch vor Schaden verwahren, daß er die Uebergabe der Sache an den Promissar verhindert (§. 1052). Hieraus ergibt sich ferner, daß derjenige, welcher sich nicht ausdrücklich zur Leistung in einem bestimmten Orte verbindlich gemacht hat, folglich die Sache nur an dem Orte seines Wohnsitzes zu übergeben verbunden ist (§. 1420), klug thut, wenn er die Uebersendungsart von dem Gläubiger bestimmen, oder ausdrücklich genehmigen läßt, indem er sonst von seiner Verbindlichkeit durch die Uebergabe der Sache an die Mittelsperson, z. B. die Abgabe in dem Postamte, nicht befreyt würde.

§. 121.

Wirkung der Uebergabe, wenn die nähmliche Sache an Mehrere veräußert worden ist.

(§. 430 des b. G. B.)

»Hat ein Eigenthümer eben dieselbe bewegliche Sache an zwey verschiedene Personen, an eine mit, an die andere ohne Uebergabe veräußert; so gebührt sie derjenigen, welcher sie zuerst übergeben worden ist; doch hat der Eigenthümer dem verletzten Theile zu haften.«

Die Anordnung dieses Paragraphes ergibt sich aus dem, was zur Erwerbung des Eigenthums erfordert wird. Unter Veräußerung wird hier bloß der über die Uebertragung des Eigenthums geschlossene Vertrag verstanden, welcher nur einen Titel gibt; derjenige aber, welchem die Sache auch übergeben worden ist, hat nebst dem Titel auch eine Erwerbungsart, folglich Alles, was zur Erlangung des Eigenthums erfordert wird. Hierbey kommt es gar nicht darauf an, wem die Sache früher versprochen worden ist, weil bey persönlichen Rechten überhaupt die Priorität kein Vorzugsrecht gibt, denn das persönliche Recht besteht in einem Rechtsverhältnisse zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, welches in Beziehung auf dritte Personen keine Veränderung hervorbringt. Hieraus ergibt sich auch, daß die Anordnung des obigen Paragraphs auch in dem Falle Statt findet, wo es demjenigen, dem die Sache später versprochen und über-

geben worden ist, bekannt war, daß sie früher schon einem Andern versprochen worden war. Daß demjenigen, welcher die schon einem Andern versprochene Sache sich übergeben läßt, ein unredliches Verfahren zur Last falle [1], läßt sich, wie von dem Herrn Herausgeber der Materialien schon bemerkt worden ist [2], nicht allgemein behaupten, denn der Acceptant der übergebenen Sache kann ja gute Gründe haben, vorauszusetzen, daß der Promittent, welcher die Sache noch in seiner Macht hat, dieselbe zu übergeben berechtiget sey. Es ist auch möglich, daß beyde Theile bey der späteren Veräußerung redlich zu Werke gehen, indem sie nähmlich wegen Länge der Zeit, binnen welcher der frühere Paciscent sein Recht, die Uebergabe zu fordern, nicht ausgeübt hat, oder wegen veränderter Umstände desselben voraussetzen, daß er von seiner Befugniß keinen Gebrauch machen wolle. Wäre aber auch dieß nicht, so kommt es hier doch nicht auf die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Verfahrens an, weil dieses nur dann in Betrachtung kommt, wenn es um die Folgen einer in einer fremden Sache unternommenen Handlung zu thun ist; in dem vorausgesetzten Falle geschieht aber kein Eingriff in fremdes Eigenthum, denn der Veräußernde ist, so lange er die Sache nicht übergeben hat, Eigenthümer derselben geblieben, folglich ist es der nicht geworden, dem die Sache bloß versprochen, aber nicht übergeben war. Der Veräußernde handelt zwar widerrechtlich, wenn er sich durch die Uebergabe der Sache an Einen der annehmenden Theile außer Stand setzt, das einem Andern gemachte Versprechen zu erfüllen; allein derjenige, welcher die Sache an sich bringt, ist durch den mit einem Dritten geschlossenen Vertrag nicht gebunden, und nur, wenn aus den Umständen erwiesen werden könnte, daß er den Irrthum, oder die Unwissenheit eines Anderen benützt hat, um ihm Schaden zu

---

[1] S. des Hrn. k. k. Raths Schuster Abhandlung: Ueber die von dem Eigenthümer vorgenommene Veräußerung einer Sache an zwey verschiedene Personen, in Pratobevera's Materialien 6. Bd. S. 220.

[2] Eben da, die Anmerkung S. 230.

verursachen, wäre seine Handlung gesetzwidrig, und nach Umständen auch nach den Strafgesetzen zu ahnden [1].

Herr Landrath Nippel [2] glaubt aus dem Rechte der Schadloshaltung die Folge ableiten zu können, daß der spätere Erwerber, welcher von der früheren Veräußerung Kenntniß hatte, die Sache dem herausgeben müsse, welchem sie früher versprochen war. Denn, sagt er, der spätere Paciscent ist zum Theilnehmer des dem früheren durch Vereitelung des Vertrages verursachten Schadens, und zwar absichtlich, geworden, er muß folglich für den ganzen Schaden haften (§. 1302); die Schadloshaltung aber besteht zunächst darin, daß Alles, in so fern es thunlich ist, in den vorigen Stand zurück gesetzt werde. Allein in dieser Argumentation wird schon als erwiesen vorausgesetzt, was in der Frage steht, nähmlich daß der spätere Promissar dadurch, daß er sich die einem Andern schon veräußerte Sache ebenfalls versprechen und dann übergeben ließ, eine widerrechtliche Handlung, folglich ein Verschulden begehe. Läugnet man diese Voraussetzung, so wie sie nach der Natur des persönlichen Rechtes, von dem in Beziehung auf den früheren Acceptanten bloß die Rede seyn kann, widersprochen werden muß; so zeigt sich, daß derjenige, welcher sich die Sache später versprechen und übergeben ließ, bloß von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch machte, daher den für einen Andern daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten hat (§. 1305).

Könnte aber auch vermöge des Rechtes der Schadloshaltung die Zurücksetzung in die vorige Lage verlangt werden; so bestände ja die Zurücksetzung darin, daß, wenn z. B. A die nähmliche Sache zuerst an den B, dann aber an den C veräußert, und diesem auch übergeben hat, C die Sache dem A, auf keinen Fall aber dem B, der, wie vorausgesetzt wird, noch nicht im Besitze derselben war, zurückgebe; B könnte also nur mittelbar zum Besitze der Sache gelangen, indem er nähmlich den A auf die Herausgabe derselben belangte. Es zeigt sich also auch hieraus,

---

[1] Strafgesetzbuch I. Theil, §. 176.

[2] S. dessen Erläuterungen des §. 430, Nr. 2.

daß der durch die treulose Veräußerung Beschädigte sich an seinen Paciscenten halten müsse, mit einer Klage gegen den Dritten aber nichts ausrichten könne [1].

Was Rechtens sey, wenn die Sache an Mehrere veräußert, aber Keinem übergeben worden ist, wird in dem obigen Paragraphe nicht bestimmt, weil hier nur die Frage ist, wer das Eigenthum erworben habe, dieses aber ohne Uebergabe von keinem der annehmenden Theile erworben worden wäre. Aus der Natur des persönlichen Rechtes folgt, daß die Zeit des abgeschlossenen Vertrages nicht den Ausschlag gebe, was auch dadurch bestätiget wird, daß in dem gegenwärtigen Gesetzbuche die diesem Grundsatze entgegengesetzte Entscheidung des Galizischen und Preußischen Gesetzbuches [2] offenbar absichtlich übergangen worden ist. Es wird also darauf ankommen, wer seinen Titel früher geltend macht und die Uebergabe erwirkt.

Der Eigenthümer, welcher die Sache an Mehrere veräußerte, hat demjenigen, dessen Recht er durch die Uebergabe der Sache an einen Andern vereitelte, für den dadurch verursachten Schaden zu haften, weil bey ihm ein Verschulden zu vermuthen ist, wenn er nicht beweisen kann, daß er ohne seine Schuld an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit verhindert worden ist (§. 1298). Die Entschädigung ist nach den Grundsätzen des 30sten Hauptstückes des b. G. B. zu bestimmen.

---

[1] Daß unser Gesetzbuch es auf den Unterschied, ob der spätere Erwerber von der schon vorausgegangenen Veräußerung an einen Andern Kenntniß hatte, oder nicht, nicht ankommen lassen wollte, wird auch dadurch wahrscheinlich, daß man von der Verfügung des Preußischen Landrechtes, welches man insbesondere bey dem §. 430 offenbar vor Augen hatte, abgegangen ist; denn im Preuß. Landrechte 1. Theil, 10. Titel, §. 25 wird ausdrücklich angeordnet: »Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weiß, kann zum Nachtheile desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen.«

[2] Galizisches Gesetzbuch II. Theil, §. 166. Preußisches Landrecht I. Thl. 10 Titel, §. 22.

§. 122.

II. Erwerbungsart bey unbeweglichen Sachen.

(§. 431 des b. G. B.)

»Zur Uebertragung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Eintragung nennt man Einverleibung (Intabulation).«

Da bey unbeweglichen Sachen die Erlangung dinglicher Rechte auf dieselben durch den physischen Besitz für längere Zeit nicht wohl kennbar gemacht werden kann, zugleich die Veränderungen in derselben nicht so schnell und häufig, wie bey beweglichen Sachen geschehen; so entstand schon in alten Zeiten die Gewohnheit, dergleichen Rechte durch eine feyerliche Erklärung vor Gericht (Auflassung oder Auffandung, resignatio judicialis) auf Andere zu übertragen, über diese Erklärung eigene Protokolle unter verschiedenen Benennungen zu führen, und dem Erwerber zu seiner Beglaubigung eine Urkunde (Gewähr, Satzbrief, Intabulations- oder Pränotationsschein) auszustellen [1]. Diese Gewohnheit wurde erhalten, und das Institut der zu dergleichen Eintragungen bestimmten öffentlichen Bücher in der Folge immer mehr ausgebildet. In den Alt-Oesterreichischen Provinzen bestehen diese Bücher unter dem Nahmen der Landtafeln, der Stadt- und Grundbücher [2]; in einigen neu oder wieder erworbenen Ländern, nähmlich in Tirol und Vorarlberg, in dem Lombardisch-Venetianischen Königreiche und in Dalmatien werden dergleichen Bücher nur wegen Erwerbung des Hypothekar-Rechtes geführt, sind also eigentlich bloß Hypotheken-Bücher, und die Vorschriften, welche über die Eintragung des Eigenthums in dem Gesetzbuche vorkommen, haben auf dieselben keine Anwendung [3].

---

[1] S. Pratobevera in den von ihm herausgegebenen Materialien 8. Bd. S. 310.

[2] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 120 und folg.

[3] S. Ueber die Förmlichkeiten und Feyerlichkeiten in Bezug auf den Titel und die Erwerbungs- und Uebertragungsart, der Pfand- und anderer dinglichen Rechte in den verschiedenen Districten Tirols

Wo eigentliche Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher bestehen, muß das Erwerbungsgeschäft oder der Titel zur Erlangung des Eigenthums in dieselben, und zwar in das Gewähr- oder Hauptbuch eingetragen werden. Diese Eintragung wird auch Einverleibung (Intabulation) im weiteren Sinne genannt. Genauer wird aber unterschieden, ob durch eine solche Eintragung das Eigenthum unbedingt, oder nur bedingt erworben wird; bedingt, nähmlich unter der Bedingung, daß der zur Erwerbung der Sache angegebene Titel außer Zweifel gesetzt, somit die Eintragung gerechtfertiget oder justificirt werde. Die Eintragung, durch welche das Recht unbedingt erworben wird, heißt Einverleibung im strengen Sinne (Intabulation), Vormerkung oder Pränotation hingegen diejenige, durch welche das Recht nur bedingt erworben wird.

§. 123.

Von den Erfordernissen der Eintragung in die öffentlichen Bücher zum Behufe der Erwerbung des Eigenthums. 1. Ueberhaupt.

(§. 432 des b. G. B.)

Wenn das Eigenthum unbeweglicher Sachen durch Eintragung in die öffentlichen Bücher erlangt werden soll, wird erfordert: a) daß derjenige, von welchem das Eigenthum auf einen Andern übergehen soll, selbst schon als Eigenthümer eingetragen; b) daß der Einzutragende die Sache, um deren Uebertragung es sich handelt, zu erwerben fähig sey. Das erste Erforderniß ent-

---

seit den letzten Epochen (verfaßt von dem Herrn Hofrathe Benoni). Aus dem Italienischen übersetzt und mit Zusätzen versehen von D. Fischer. Insbruck 1828. Ferner: Kurze Darstellung der Modalitäten zur Bewirkung der Real-Rechte in dem Lombardisch-Venetianischen Königreiche, in Wagner's Zeitschrift, Jahrg. 1829, 11. Heft, S. 263.

Sehr abweichend ist die Einrichtung der öffentlichen Bücher in dem Herzogthume Salzburg. S. hierüber: v. Hilleprandt Darstellung der Verfassung des Hypothekenwesens im Herzogthume Salzburg, in Wagner's Zeitschrift, Jahrgang 1829, 5 Heft, S. 279.

hält der §. 432: »Vor Allem ist zur Einverleibung in das öffentliche Buch nothwendig, daß derjenige, von dem das Eigenthum auf einen Andern übergehen soll, selbst schon als Eigenthümer einverleibt sey.« Es kommt also wesentlich darauf an, ob jemand bloß ein persönliches Recht zu einer unbeweglichen Sache, welches er z. B. aus einem Kauf- oder Schenkungsvertrage hat, oder ein dingliches Recht auf dieselbe auf einen Andern zu übertragen beabsichtiget. Jenes kann übertragen werden, wenn auch der Vormann nicht einverleibt ist, weil die Erwerbung persönlicher Rechte die Eintragung in die öffentlichen Bücher nicht fordert; aber ein dingliches Recht kann nicht übertragen werden, wenn der Ueberrragende nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, denn niemand kann mehr Recht abtreten, als er selbst hat (§. 442). So wird es auch bey Verlassenschafts-Realitäten darauf ankommen, ob der Erbe oder Vermächtnißnehmer bloß seinen Anspruch auf die Verlassenschaftssache, oder ein dingliches Recht auf eine ihm angefallene Sache übertragen soll. Daß der Erbe sein Recht auf die Verlassenschaft veräußern kann, wenn er gleich als Erbe in die öffentlichen Bücher noch nicht eingetragen ist, beweisen die Vorschriften über den Erbschaftskauf, welcher laut der §§. 1278 und 1282 auch vor der Einantwortung der Erbschaft, folglich bevor der Erbe die Eintragung auf die Verlassenschaftsgüter bewirken konnte (§. 819), geschlossen werden kann. Auf gleiche Art kann auch der Vermächtnißnehmer das ihm angefallene Recht an einen Andern abtreten, und dieser dann die Ueberantwortung des vermachten unbeweglichen Gutes von dem Erben oder der Verlassenschafts-Instanz, und mittelst derselben die Intabulation bewirken. War aber die Verlassenschaft oder das Vermächtniß bereits eingeantwortet, und will der Erbe oder Legatar mit einer Verlassenschaftssache, als mit seiner eigenen verfügen; so muß er selbst eingetragen seyn, damit es sein Nachfolger werden könne [1].

---

[1] S. den Civil-Rechtsfall über die Pflicht der Erben, sich um die ihnen angefallene Verlassenschafts-Realität an die Gewähr schreiben zu lassen, von Johann Heinrich v. Kremer, in Wagner's Zeitschrift, Jahrg. 1827, 8tes Heft, S. 57.

Aus dem obigen Paragraphe folgt auch, daß die Gläubiger solcher Schuldner, welche einen Anspruch auf eine Realität haben, aber in die öffentlichen Bücher noch nicht eingetragen sind, nicht so, wie es vormahls mittelst der so genannten Meldbriefe geschah, vorgemerkt werden können [1]. Auch können die Gläubiger die Einverleibung ihres Schuldners wider Willen desselben nicht bewirken [2], weil überhaupt Niemand einen Andern zu Erwerbungen nöthigen kann.

Das zweyte Erforderniß zur Erwerbung unbeweglicher Sachen, nähmlich die Fähigkeit zu erwerben, kommt bey unbeweglichen Sachen insbesondere in Betrachtung, weil in Ansehung derselben verschiedene Beschränkungen gemacht worden sind. Es wurden nähmlich zum Besitze unbeweglicher Güter für unfähig erklärt: 1. die Türkischen Unterthanen und deren Gattinnen [3]. 2. Die Juden, welche jedoch im Besitze jener Realitäten bleiben können, in deren Besitze sie sich schon zur Zeit, als die Verordnungen hierüber in den einzelnen Provinzen erlassen worden sind, befanden [4]. 3. In Böhmen, Mähren und Schlesien, dann Galizien wird zum Besitze landtäflicher Güter das so genannte Indigenat oder Incolat, d. i. die Eigenschaft erfordert, daß der Erwerber zum Herren- oder Ritterstande gehöre, und als Mitglied der Stände aufgenommen sey, oder daß er das Bürgerrecht in den zum Besitze landtäflicher Güter eigens befugten Städten habe [5]. In den übrigen Deutschen Provinzen müssen die nicht zu den Ständen gehörigen, oder so genannten unhabilitirten Besitzer die doppelte Gülte entrichten. Nur ist in Rücksicht derjenigen, welche Staats- oder Fondsgüter unmittelbar vom Staate erstehen, und ihrer Descendenten hinsichtlich der Landtafelfähigkeit die Dispens ertheilt worden, so, daß sie weder die Habilität nachzuweisen, noch eine doppelte Gülte zu entrichten haben [6]. 4. Von

---

[1] Hofdecret vom 10. September 1802. S. mein Handb. 2. Bd. S. 140.
[2] Hofdecret vom 26. Februar 1819. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 140.
[3] Hofdecret vom 24. Februar 1816, und Hofkanzleydecret vom 5. May 1820. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 52.
[4] S. diese Verordnungen. Eben daselbst S. 42.
[5] S. die Verordnungen hierüber. Eben daselbst S. 53.
[6] Hofkanzleydecret vom 18. April 1818. Eben daselbst S. 76.

der Erwerbung der Bauerngüter sind die Fremden ausgeschlossen, nur die Unterthanen der Deutschen Bundesstaaten können in den Oesterreichischen Ländern, welche zu dem Deutschen Bunde gehören, Rustical-Güter erwerben [1]. 5. Bauern oder Unterthanen können, so lange sie solche sind, nicht zugleich städtische Realitäten besitzen [2].

§. 124.

2. Insbesondere von der Erwerbung des Eigenthums durch Intabulation, und zwar: a. vermittelst eines Vertrages.

(§§. 433—435 des b. G. B).

Die Intabulation kann bey Bauerngütern auch durch ein mündliches Ansuchen bewirkt werden, außer dem wird aber immer zur Erwirkung derselben die Beybringung einer Urkunde, auf welche sich die Einverleibung stützt, erfordert.

Ueber die Erwerbung der Bauerngüter in Folge der mündlichen Erklärung bestimmt der §. 433: »Zur weiteren Uebertragung vermittelst Vertrages ist es bey Bauerngütern genug, wenn der Uebergeber und Uebernehmer, oder auch nur der Uebergeber allein, vor der Grundobrigkeit erscheint, und die Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes in das öffentliche Buch bewirket.«

Der Grund dieser Anordnung liegt in der Begünstigung der Landleute; sie sollen nicht genöthiget seyn, sich erst mit vielen Kosten und Umwegen die erforderlichen Urkunden verfassen zu lassen. Die Grundobrigkeit hat die von den Parteyen abgegebenen Erklärungen zu Protokoll zu nehmen, und dann vertritt eigentlich dieses Protokoll die Stelle der sonst beyzubringenden Urkunde. Daß dieser Paragraph in den Ländern, wo die Unterthänigkeitsverfassung nicht besteht, folglich es keine Bauerngüter im Sinne dieses Paragraphs gibt, keine Anwendung habe, versteht sich von

---

[1] Hofdecrete vom 28. Februar 1788 und 14. April 1825. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 77.

[2] Hofkanzleydecrete vom 6. November 1806, und 23. August 1819. Eben daselbst S. 79.

selbst, ist aber rücksichtlich des Lombardisch-Venetianischen Königreiches ausdrücklich erklärt worden [1].

In den im §. 433 nicht ausgenommenen Fällen muß die Urkunde, auf welche sich die Einverleibung stützt, in dem Haupt-, Gewähr-, oder Gültenbuch berufen, und ihrem ganzen Inhalte nach in das Urkundenbuch eingetragen, oder, wie es bey einigen Grundbüchern eingeführt ist, in vidimirter Abschrift bey dem Grundbuche aufbewahrt werden. Bey der Eintragung in die öffentlichen Bücher soll nähmlich rücksichtlich der Verhältnisse, auf welche sie sich gründet, die größte Zuverlässigkeit erlangt werden; es wird also nur das als richtig angenommen, was sich entweder auf die von den Parteyen persönlich abgegebene Erklärung, oder auf eine vollkommen zuverlässige Urkunde gründet. Als vollkommen zuverlässig werden aber bey der Intabulation nur die öffentlichen und die mit besondern Feyerlichkeiten ausgestellten Privat-Urkunden angesehen, deren Erfordernisse in den §§. 434 und 435 angegeben werden. Eine mit diesen Erfordernissen versehene Urkunde wird zum Unterschiede der bloß einen Beweis herstellenden, eine Tabular-Urkunde oder ein Tabular-Instrument genannt.

§. 434. »Wenn aber der Uebergeber nicht persönlich erscheint, und in allen, städtische oder landtäfliche Güter betreffenden, Fällen, muß über das Erwerbungsgeschäft eine schriftliche Urkunde aufgesetzt, und sowohl von den Vertrag schließenden Theilen, als von zwey glaubwürdigen Männern als Zeugen gefertiget werden.«

§. 435. In einer solchen Urkunde müssen die Personen, welche das Eigenthum übergeben und übernehmen; die Sache, welche übergeben werden soll, mit ihren Gränzen; der Titel der Erwerbung; ferner, der Ort und die Zeit des geschlossenen Geschäftes bestimmt angemerket, und es muß von dem Uebergeber in dieser, oder in einer be-

---

[1] Hofkanzleydecret vom 2. September 1819. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 141.

sondern Urkunde die Bewilligung ertheilet werden, daß der Uebernehmer als Eigenthümer einverleibt werden könne.«

Die Erfordernisse einer Tabular-Urkunde sind hiernach theils solche, welche schon, damit die Urkunde einen Beweis mache, nothwendig sind; theils solche, welche nur zu einem Tabular-Instrumente gehören. Sie können in innere und äußere eingetheilt werden.

Die inneren sind: 1. die Angabe des Uebergebers und Uebernehmers; 2. die Angabe der Sache mit ihren Gränzen, d. i. mit solchen Bestimmungen, durch welche sie von andern ähnlichen genau unterschieden wird. Bey einzelnen Grundstücken, welche nicht durch Nummern bezeichnet sind, kann dieß nur durch Angabe der Lage oder der Gränzen geschehen; bey ganzen Gütern reicht die gewöhnliche Benennung, mit Angabe des Kreises oder Viertels; bey Häusern die Nummer, die Gasse, u. s. w. zu; 3. die Angabe des Titels der Erwerbung, ob sie durch Schenkung, Kauf, Tausch ꝛc. übertragen werden soll; 4. muß in derselben oder in einer besondern Urkunde von dem Uebergeber die Bewilligung zur Einverleibung des Uebernehmers ertheilt werden, weil es öfter geschieht, daß eine Sache nur mit Vorbehalt des Eigenthumes, bis z. B. der Kaufschilling bezahlt, oder eine andere Bedingung erfüllt ist, veräußert wird. Es wird also zur größeren Sicherheit des Uebertragenden eine besondere Erklärung hierüber, die Tabular-Clausel oder die Auffandung, erfordert.

Zu den äußern Erfordernissen gehört: 1. die Beysetzung des Datums; 2. die Unterschrift der Vertrag machenden Theile und »zweyer glaubwürdigen Männer als Zeugen.« Frauensperſonen sind also ausgeschlossen, weil es sonst allgemein heißen würde: zweyer Zeugen. 3. Muß eine außer der Provinz, wo das Gesuch angebracht wird, ausgestellte Privat-Urkunde gerichtlich legalisirt, d. h. es muß von dem Gerichte bestätiget seyn, daß die Unterschrift wirklich von dem herrühre, der als Aussteller der Urkunde benannt wird [1].

---

[1] Hofdecret vom 29. August 1818, Nr. 3. S. mein Handbuch 2 Bd. S. 145.

§. 125.

b. Mittelst Urtheils oder anderer gerichtlichen Urkunden.

(§. 436 des b. G. B.)

Das Recht, eine Sache zu erwerben, kann sich auch auf einen gerichtlichen Ausspruch, oder eine gerichtliche Einantwortung in Folge der Execution oder Verhandlung des Concurses der Gläubiger, oder einer Verlassenschafts-Abhandlung gründen. Ist dieß der Fall, so vertreten die gerichtlichen Urkunden die Stelle der sonst erforderlichen Tabular-Instrumente. Daher heißt es im §. 436: »Wenn das Eigenthum unbeweglicher Sachen zu Folge eines rechtskräftigen Urtheiles, gerichtlichen Theilungs-Instrumentes, oder einer gerichtlichen Ueberantwortung einer Erbschaft übertragen werden soll; so ist ebenfalls die Einverleibung dieser Urkunden erforderlich.«

Das Urtheil muß rechtskräftig seyn, denn sonst könnte es nur pränotirt werden [1]. Daß es rechtskräftig sey, muß die Tabular-Instanz entweder aus ihren eigenen Acten ersehen, oder es muß von dem Erkenntniß-Richter, auf dessen Ersuchen die Intabulation des Urtheils vorgenommen werden soll, bestätiget werden [2].

Ein gerichtliches Theilungs-Instrument kann vorkommen, wenn die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache durch den Richter geschehen ist (§. 841), und dasselbe muß den öffentlichen Büchern einverleibt werden, weil der Theilhaber erst dadurch ein dingliches Recht auf seinen Antheil erhält (§. 846).

Ist über die Uebertragung einer unbeweglichen Sache ein gerichtlicher Vergleich geschlossen worden, so ist die von dem Gerichte den Parteyen über den Vergleich hinausgegebene Verständigung, welcher der Inhalt des Vergleichs wörtlich eingeschaltet werden muß, einzuverleiben [3].

---

[1] Hofdecret vom 24. December 1798. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 141.

[2] Hofdecret vom 10. November 1804. Eben daselbst.

[3] Hofdecret vom 18. Junius 1813. Eben daselbst S. 143.

Wird einem Gläubiger im Concurs-Verfahren oder sonst im Wege der Execution eine unbewegliche Sache eingeantwortet; so ist ihm hierüber eine Urkunde nach Maßgabe der Schätzung und der Feilbiethungs-Bedingnisse auszufertigen [1], und diese zu intabuliren.

Durch die gerichtliche Einantwortung der Erbschaft wird derjenige, der die Erbschaft gehörig angetreten und die Verbindlichkeiten eines Erben erfüllt hat, als der rechtmäßige Erbe, d. i. als der wahre Nachfolger des Verstorbenen in die übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten desselben, erkannt (§. 819), folglich dadurch berechtiget, als solcher auch in die öffentlichen Bücher rücksichtlich jener Realitäten eingetragen zu werden, rücksichtlich welcher der Verstorbene als Eigenthümer daselbst erscheint.

§. 126.

c. In Folge eines Vermächtnisses.

(§. 437 des b. G. B.)

»Eben so ist es, um das Eigenthum eines vermachten unbeweglichen Gutes zu erwerben, nicht genug, daß die Anordnung des Erblassers überhaupt den öffentlichen Büchern einverleibt worden sey. Wer eine Forderung dieser Art hat, muß bey der Behörde noch die besondere Einverleibung des Vermächtnisses auswirken.«

Die Eintragung der Anordnung des Erblassers überhaupt, welche der vorstehende Paragraph erwähnt, geschieht vermöge besonderer Vorschriften [2] bloß zu dem Zwecke, damit die Evidenz der öffentlichen Bücher aufrecht erhalten werde, nicht aber, um jemanden dadurch ein dingliches Recht zu ertheilen; sie kann also auch die Erwerbung des Eigenthums eines vermachten unbeweglichen Gutes nicht bewirken. Es genügt aber auch die bloße Einverleibung des Vermächtnisses nicht, weil man aus demselben an

---

[1] Hofdecret vom 11. August 1827. S. mein Handb. 2. Bd. S. 119.

[2] Landtafel-Patent für Böhmen und Mähren §. 39. Hofdecret vom 19. October 1795 Lit. c. Just.-Ges. S. 210, Nr. 260. Vorschrift über das Verfahren für Galizien, §. 200.

und für sich noch nicht wissen kann, ob es wirklich als gültig und wirksam anerkannt worden ist. Der Legatar hat also nebst der Anordnung des letzten Willens die gerichtliche Einantwortung des Vermächtnisses, oder die Einwilligung des Erben, welcher als solcher durch die Einantwortung der Erbschaft anerkannt worden ist, um die Einverleibung zu bewirken, beyzubringen, damit nähmlich dadurch außer Zweifel gesetzt werde, daß die Anordnung des Erblassers in Vollzug kommen könne. Die Erklärung des bereits anerkannten Erben kann hierzu gebraucht werden, weil der Erbe an die Stelle des Erblassers tritt, und ihm die Vermächtnisse zu entrichten obliegt.

§. 127.

Schutzmittel gegen unrechtmäßige Einverleibungen.

Da es ungeachtet aller Vorsichten, welche bey der Bewilligung der Einverleibung zu beobachten sind, geschehen kann, daß sie bewilliget worden ist, ungeachtet der Einverleibte kein Recht dazu hat, indem z. B. die Urkunde, welche den Titel ausweist, unecht; oder der letzte Wille, auf welchen sich die Einverleibung stützt, durch einen späteren widerrufen worden ist; so geben die Gesetze auch Mittel an die Hand, wie man sich gegen solche Einverleibungen schützen, und sein Recht geltend machen kann.

Das Galizische Gesetzbuch enthielt zu diesem Zwecke, in dem 2. Theile §§. 175—177 die Verfügung, daß derjenige, gegen welchen die Einverleibung wirksam seyn soll, von der Bewilligung derselben zu verständigen sey, damit er sie nöthigen Falls bestreiten, seinen Widerspruch ebenfalls einverleiben lassen, und denjenigen, welcher die Einverleibung bewirkt hat, zur Rechtfertigung auffordern könne. Die Bestreitung mit dieser Wirkung mußte in der sonst zur Einrede bestimmten Frist geschehen, während welcher der Einverleibte die übernommene Sache zum Nachtheile des Uebergebers weder veräußern noch verpfänden konnte. Außer dem hatte noch eine Bestreitung während drey Jahren Statt, allein bey dieser nach den zur Einrede bestimmten Fristen unternommenen Bestreitung mußte der Bestreitende als Kläger auftreten, und das stärkere oder ausschließende Recht, welches er behauptete, darthun.

Nach der Erscheinung des allgem. b. G. B., welches von der Verständigung dessen, gegen den die Einverleibung wirksam seyn soll, und von der Bestreitung der Einverleibung nichts enthält, war es einiger Maßen zweifelhaft, ob die erwähnten Vorschriften des Galizischen Gesetzbuches noch gelten oder nicht. Das Hofdecret vom 10. April 1813 [1] bestimmte also, daß es von der Bestreitung mit der Wirkung, den Besitzer der einverleibten Urkunde zur Darthuung seines Rechtes aufzufordern, und den Widerspruch ebenfalls einverleiben zu lassen, abzukommen habe, jedoch die Vorschrift, den Gegner von der bewilligten Einverleibung zu verständigen, ferner zu beobachten sey.

In dem Hofdecrete vom 29. August 1818 [2] wurde dann für alle, mit ordentlichen Landtafeln und Grundbüchern versehenen, Deutschen Provinzen angeordnet: 1. daß in der Regel jede Verordnung, durch welche eine Eintragung oder Löschung bewilliget wird, demjenigen, gegen welchen die in dem öffentlichen Buche vorzunehmende Veränderung wirksam seyn soll, zugestellt werde; 2. daß eine Ausnahme von dieser Regel nur dann Statt finde, wann sich der Bescheid auf eine von den Parteyen persönlich vor der Grundobrigkeit abgegebene Erklärung, auf Urtheile, oder andere, den Theilnehmenden ohnehin bekannte öffentliche oder gerichtliche, legalisirte Urkunden gründet; 3. daß derjenige, welcher die Gültigkeit einer den öffentlichen Büchern einverleibten Urkunde bestreiten will, binnen der Verjährungszeit, welche von dem Tage der Eintragung an zu rechnen ist, gegen die Theilnehmenden eine ordentliche Klage auf Löschung dieser Urkunden überreichen müsse, aber verlangen könne, daß sein Widerspruch in den öffentlichen Büchern angemerkt werde; 4. daß die Landrechte und Grundbuchsbehörden über die gehörige Zustellung zu wachen, aber der Besitzer eines dinglichen Rechtes zu keiner Zeit über die geschehene Zustellung den Beweis zu führen schuldig sey, und daraus allein, daß die Zustellung nicht vorschriftmäßig geschehen wäre, kein Anlaß genommen werden könne, die durch die öffentlichen Bücher erworbenen Rechte zu bestreiten.

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 144.

[2] Eben daselbst.

§. 128.

3. Von der Erwerbung des Eigenthums durch Vormerkung.

(§§ 438 und 439 des b. G. B.)

Da es geschehen kann, daß jemand wirklich einen gültigen Titel zur Erlangung des Eigenthums, und eine hierüber ausgefertigte, zwar glaubwürdige, aber nicht mit allen zur Intabulation nöthigen Erfordernissen versehene Urkunde habe; so gestattet das Gesetz, damit nicht ein Anderer das Vorrecht erlange, oder der Uebertragende die schon veräußerte Sache weiter veräußere oder belaste, auch eine bedingte Eintragung, durch welche der Vorgemerkte die ihm gebührende Priorität erhalten kann, dem früher Eingetragenen aber kein Nachtheil entsteht, weil der Pränotirte sein Recht noch insbesondere darzuthun hat, und nur in so fern, als dieß wirklich geschehen ist, eingetragen bleibt. Der Nutzen dieser bedingten Eintragung zeigt sich vorzüglich bey dem Hypothekar-Rechte, weil es öfter geschieht, daß Mehrere auf das Pfandrecht in der nähmlichen Sache Anspruch haben, als daß Mehrere die Ueberlassung der nähmlichen Sache zum Eigenthume begehren könnten; daher war von der Pränotation in den früheren Gesetzen nur bey dem Hypothekar-Rechte die Rede, das gegenwärtige Gesetzbuch gestattet sie aber auch bey dem Eigenthume, laut des §. 438: »Wenn derjenige, welcher das Eigenthum einer unbeweglichen Sache anspricht, darüber zwar eine glaubwürdige, aber nicht mit allen in den §§. 434 und 435 zur Einverleibung vorgeschriebenen Erfordernissen versehene Urkunde besitzt; so kann er doch, damit ihm niemand ein Vorrecht abgewinne, die bedingte Eintragung in das öffentliche Buch bewirken, welche Vormerkung (Pränotation) genannt wird. Dadurch erhält er ein bedingtes Eigenthumsrecht, und er wird, sobald er zu Folge richterlichen Ausspruches die Vormerkung gerechtfertiget hat, von der Zeit des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches, für den wahren Eigenthümer gehalten.«

Die Pränotation setzt also immer eine Urkunde voraus,

welche den Titel zur Erwerbung des Eigenthums enthält, und zwar muß diese Urkunde glaubwürdig, d. h. wie dieß in dem Hofdecret vom 21. Julius 1797 [1] näher erklärt wird, so beschaffen seyn, daß durch sie ein voller oder halber Beweis hergestellt werden kann. Von den in den §§. 434 und 435 erwähnten Erfordernissen dürfen also nur diejenigen fehlen, welche bloß der Tabularform wegen vorgeschrieben sind, nicht aber auch jene, welche des Beweises wegen gefordert werden. Glaubwürdig, aber doch nicht tabularmäßig ist eine Urkunde nur dann, wenn sie die oben (§. 127, S. 207) unter Nr. 1—3 angegebenen inneren Erfordernisse hat, und mit der Unterschrift der Vertrag machenden Theile versehen ist, aber in derselben entweder a) die Tabular-Clausel fehlt, oder b) das Datum nicht beygesetzt, oder c) sie nicht von zwey glaubwürdigen Männern als Zeugen unterfertiget, oder d) wenn eine außer der Provinz, wo sie eingetragen werden soll, ausgestellte Privat-Urkunde nicht legalisirt ist; oder endlich e), wenn sie in einem Urtheile besteht, welches noch nicht rechtskräftig ist.

Nur diese Mängel zu ersetzen, ist die Pränotation bestimmt; keineswegs kann sie also dann bewilliget werden, wenn in Ansehung des zu übertragenden Rechtes selbst ein Anstand obwaltet, z. B. die Sache nur unter einer Bedingung versprochen wurde, deren Erfüllung noch nicht nachgewiesen werden kann; oder das Recht des Erwerbenden auf eine gewisse Zeit aufgeschoben ist; die Fähigkeit eines der Vertrag machenden Theile mangelt, u. dgl. Man kann also als Grundsatz annehmen, daß diejenige Urkunde, welche, wenn sie auch in der gehörigen Form ausgestellt wäre, nicht intabulirt werden könnte, auch nicht pränotirt werden darf; keineswegs kann man aber die Regel so stellen: Urkunden, welche nicht intabulirt werden können, sind zur Pränotation geeignet, da es viele Urkunden gibt, welche weder intabulirt, noch pränotirt werden können. Das zuvor angeführte Hofdecret nennt selbst als solche: Klagen oder Ansuchen, Zeugnisse, Weisartikel, angebothene Eide; dergleichen Schriften dienen wohl zur Durchsetzung der Rechte, aber beweisen an und für sich noch nicht die Zuständigkeit derselben. Dieß gilt gleicher Maßen auch von ge-

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 180.

richtlichen Aussagen der zum ewigen Gedächtnisse abgehörten Zeugen, denn ob diese Aussagen in Ansehung des in der Frage stehenden Rechtes, z. B. über den Umstand, daß jemand dem Andern sein Grundstück verkauft habe, einen Beweis herstellen, muß erst durch das Urtheil des Richters entschieden werden. Uebrigens kann zwischen glaubwürdigen und einen vollständigen Beweis herstellenden Urkunden nur bey den nach den Vorschriften der Gerichtsordnung geführten Büchern der Handelsleute und Handwerker unterschieden werden, da die Auszüge aus denselben (Conti) pränotirt werden können, ungeachtet sie nur einen halben Beweis ausmachen; von solchen Urkunden kann aber nur rücksichtlich des Hypothekar-Rechtes, nicht aber hinsichtlich des Eigenthums Gebrauch gemacht werden. Ob aber eine Urkunde überhaupt glaubwürdig sey, ist nicht bloß dem vernünftigen Ermessen des Richters anheim gestellt, sondern muß nach den in der Gerichtsordnung oder den in besondern Verordnungen enthaltenen Vorschriften beurtheilt werden.

Die Gewißheit, daß dem Pränotirten ein gültiger Anspruch auf das Eigenthum zustehe, muß bey der Pränotation auf dem Rechtswege dargethan werden, und darin besteht eben die Bedingung, unter welcher die Vormerkung bewilliget worden ist. Erst, wenn durch Urtheil des Richters entschieden ist, daß dem Pränotirten das Eigenthum wirklich zustehe, und dieses Urtheil in Rechtskräfte erwachsen ist, ist die Pränotation für gerechtfertiget zu halten, und wirkt dann auf die Zeit des gehörig überreichten Gesuches zurück, so daß es nun eben so viel ist, als ob gleich auf dieses Gesuch die Intabulation bewilliget worden wäre.

Die Art, wie bey der Pränotation vorzugehen ist, bestimmt der §. 439: »Die geschehene (oder eigentlich die bewilligte) Vormerkung muß sowohl demjenigen, der sie bewirkt hat, als auch seinem Gegner durch Zustellung zu eigenen Handen bekannt gemacht werden. Der Vormerkungswerber muß binnen vierzehn Tagen, vom Tage der erhaltenen Zustellung die ordentliche Klage zum Erweise des Eigenthumsrechtes einreichen; widrigen Falls soll die bewirkte Vormerkung auf Ansuchen des Gegners gelöschet werden.«

Die Verständigung von der bewilligten Pränotation sowohl dessen, der sie angesucht, als dessen, gegen welchen sie begehrt wurde, ist nothwendig, damit jener zur gehörigen Zeit die Rechtfertigungsklage überreichen, dieser darüber wachen könne, daß die Rechtfertigung gehörig erfolge; denn wäre sie nicht erfolgt, so könnte der Gegner des Pränotationswerbers die Löschung der Vormerkung ansuchen. Daß die Löschung auch begehrt werden könne, wenn der Anspruch des Pränotirten durch Urtheil des Richters für nicht gerechtfertiget erklärt wurde, versteht sich von selbst; so wie es einleuchtend ist, daß die Pränotation auch vor erfolgtem gerichtlichen Urtheile die Wirkung einer Intabulation erlangt, wenn der Vormann das Recht des Pränotirten anerkennt, die Erklärung hierüber in tabularmäßiger Form ausgestellt, und in den öffentlichen Büchern eingetragen wird.

§. 129.

Wem das Eigenthum gebühre, wenn die nähmliche unbewegliche Sache an Mehrere veräußert worden ist, und nach welchen Regeln die Priorität zu bestimmen sey.

(§. 440 des b. G. B.)

»Hat der Eigenthümer eben dieselbe unbewegliche Sache zwey verschiedenen Personen überlassen; so fällt sie derjenigen zu, welche früher die Einverleibung angesucht hat.«

Diese Verfügung beruht auf demselben Grunde, wie jene des §. 430 (oben §. 121, S. 194); es wird nähmlich hier auch die Regel des §. 425 angewendet, daß zur Erwerbung der dinglichen Rechte Titel und Erwerbungsart nothwendig sey; die Erwerbungsart besteht aber bey unbeweglichen Sachen in der Eintragung in die öffentlichen Bücher: folglich hat nur der das Eigenthum erworben, welcher die Eintragung früher gehörig, d. i. so angesucht hat, daß sie ihm der Ordnung nach bewilliget werden konnte [1].

---

[1] Patent vom 12. December 1785. S. m e i n Handbuch 2. Bd. S. 146.

Darauf, ob der spätere Promissar von dem frühern Vertrage, welcher mit einem Andern über die nähmliche Sache geschlossen worden ist, Kenntniß gehabt habe oder nicht, kommt es hier eben so wenig, als bey beweglichen Sachen in gleichem Falle an, weil das persönliche Recht, welches von dem früheren Paciscenten erlangt worden ist, auf die Rechte eines Dritten keinen Einfluß hat, der Dritte also das Eigenthum, welches bey dem Versprechenden noch immer vorhanden ist, von demselben erwerben konnte, folglich indem er es wirklich an sich brachte, nur sein Recht ausübte, und den für einen Andern daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten hat (§. 1305).

Demjenigen aber, welcher die nähmliche Sache Mehreren verspricht, wird der Regel nach allerdings ein Verschulden zur Last fallen, wenn er sich durch die an einen Andern geschehene Veräußerung außer Stand setzt, seine Verbindlichkeit zu erfüllen (§. 1298); er wird also auch zum Ersatze des hieraus entstehenden Schadens verpflichtet seyn (§. 1295).

Ist eine Eintragung zur Erwerbung des Eigenthums gehörig angesucht worden, so kann eine zweyte, bey welcher der Titel von dem nähmlichen Vormanne abgeleitet wird, nicht mehr bewilliget werden, weil nur der ein dingliches Recht übertragen kann, welcher selbst als Eigenthümer einverleibt ist (§. 432). Der §. 440 entscheidet also nicht sowohl über die Collision der Einverleibungen, wie die Marginal-Inschrift zu demselben lautet, sondern über die collidirenden Ansprüche zur Einverleibung.

Geschähe es, daß zwey Gesuche um Eintragung der Ansprüche auf das Eigenthum der nähmlichen Sache zu gleicher Zeit überreicht würden, so müßten sie nach der Analogie der für den gleichen Fall rücksichtlich des Hypothekar-Rechtes erlassenen Vorschrift [1] mit gleichem Rechte eingetragen werden, und es hätte dann derjenige, der ein stärkeres Recht zu haben behauptet, dasselbe darzuthun, und die Löschung seines Mitbewerbers zu erwirken.

Wurde eine Intabulation oder Pränotation angesucht, das Gesuch aber abgeschlagen, so ist dieselbe in dem Hauptbuche zu

---

[1] S. das erst angeführte Patent.

notiren. Dem Bittsteller steht dann frey, binnen acht Tagen gegen diesen abschlägigen Bescheid den Recurs zu ergreifen, und wenn er mit Erfolg unternommen worden ist, wird die Eintragung der sonstigen Ordnung nach vorgenommen, und die Priorität wird von der Zeit an berechnet, als das Eintragungs-Gesuch bey der ersten Instanz überreicht worden ist. Ist aber der abschlägige Bescheid in Rechtskraft erwachsen, oder durch die Entscheidung des höheren Richters bestätiget worden, so wird die gemachte Anmerkung auf Ansuchen dessen, gegen den die Eintragung begehrt wurde, gelöscht [1].

Wäre die Frist zum Recurse ohne Verschulden der sich beschwert achtenden Partey verstrichen, ohne daß der Recurs überreicht wurde; so könnte nach der Gerichtsordnung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt finden, und wenn sie bewilliget worden ist, in Folge derselben der Recurs überreicht werden. Allein vermöge einer ausdrücklichen Anordnung [2] ist die Wirkung der Wiedereinsetzung in diesem Falle dahin beschränkt, daß sie den mittlerweiligen Eintragungen nicht zum Nachtheile gereichen, und der Regel: daß das Vorrecht demjenigen gebühre, der die Eintragung früher angesucht und erwirkt hat, keinen Abbruch thun kann.

§. 130.

Wirkung des in die öffentlichen Bücher eingetragenen Eigenthums.

(§. 441 des b. G. B.)

»Sobald die Urkunde über das Eigenthumsrecht in das öffentliche Buch eingetragen ist, tritt der neue Eigenthümer in den rechtmäßigen Besitz.«

Das Gesetz wendet hier auf das Eigenthum an, was in dem §. 321 rücksichtlich aller dinglichen Rechte für die Fälle angeordnet worden ist, wo Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher, oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind. Recht-

---

[1] Patent vom 14. Februar 1804, und Hofdecret vom 9. August 1817. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 148 und 152.

[2] Hofdecret vom 8. Januar 1795. Eben daselbst S. 148.

mäßig wird der durch die Eintragung erlangte Besitz genannt, weil er der eigentliche oder gesetzmäßige hinsichtlich der unbeweglichen Sachen ist, welcher auch in Beziehung auf dritte Personen volle Wirkung hat; da hingegen dadurch, daß die Eintragung bereits angesucht worden ist, zwar, wie in dem vorhergehenden Paragraphe gezeigt wurde, unter mehreren Besitzwerbern der Vorrang erlangt, aber noch das dingliche Recht nicht so erworben ist, daß es gegen jeden Dritten, und nahmentlich auch gegen die Gläubiger, wenn der Concurs vor der wirklich geschehenen Eintragung ausgeschrieben worden wäre, geltend gemacht werden könnte [1].

Ist aber die Eintragung geschehen, so wird zum rechtlichen Besitze weiter nichts erfordert, und der Eingetragene ist als gesetzmäßiger Besitzer anzusehen, wenn ihm auch die Sache noch nicht in den physischen Besitz übergeben worden ist. Daher sind auch in Galizien die dort vormahls üblichen Intromissionen, oder feyerlichen Einführungen in den Besitz, abgeschafft worden [2].

Unter dem, im §. 440 erwähnten öffentlichen Buche ist das Hauptbuch, nicht das Urkundenbuch zu verstehen [3], denn dieses wird eigentlich nur geführt, um daraus den Titel, auf welchen sich die Eintragung in das Hauptbuch gründet, ausführlich kennen lernen zu können.

§. 131.

Folgen der Erwerbung des Eigenthums: a) hinsichtlich der mit der Sache verbundenen Rechte.

(§. 442 des b. G. B.)

»Wer das Eigenthum einer Sache erwirbt, erlangt auch die damit verbundenen Rechte. Rechte, die auf die Person des Uebergebers eingeschränkt sind, kann er nicht

---

[1] S. Kopezky: Ueber das Vorzugsrecht, in Wagner's Zeitschrift, Jahrg. 1830, 7. Heft, S. 1, und den vom Hrn. D. v. Scheidlein erzählten Rechtsfall. Eben daselbst 10. Heft, S. 213.

[2] Hofdecrete vom 2. August 1811 und 13. November 1812. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 17.

[3] Hofdecret vom 4. Junius 1819. Eben daselbst 3. Bd. S. 129.

übergeben. Ueberhaupt kann niemand einem Andern mehr Recht abtreten, als er selbst hat.«

Rechte, die mit der Sache verbunden sind, machen einen Bestandtheil derselben aus, und gehen natürlich auf jeden Besitzer über. Dergleichen Rechte sind: Grunddienstbarkeiten, radicirte Gewerbe, die obrigkeitlichen Gütern gewöhnlich zustehenden Rechte der Gerichtsbarkeit, des Zehents und Patronats ꝛc.

Unter den Rechten, welche auf die Person des Uebergebers eingeschränkt sind, sind hier nicht nur die höchst persönlichen (jura personalissima), als: persönliche Dienstbarkeiten, das Wiederkaufs-, Rückverkaufs-, Vorkaufsrecht (§§. 1070—1073) u. dgl. zu verstehen; sondern überhaupt die nur einer bestimmten Person zustehenden Rechte, z. B. aus einem Bestand-, Dienst-, oder einem andern, zum Vortheile der Sache abgeschlossenen Vertrage; denn so lange dergleichen Rechte nicht nach Art einer Grunddienstbarkeit mit der Sache in Verbindung gesetzt sind, stehen sie mit derselben in keinem rechtlichen Zusammenhange, und die Veräußerung der Sache hat noch an und für sich auf die Rechte dritter Personen keinen Einfluß. In wie fern aber persönliche Rechte auf Andere übertragen werden können, muß nach den Grundsätzen der Cession beurtheilt werden.

Die Regel: daß niemand einem Andern mehr Recht abtreten kann, als er selbst hat, ist von selbst einleuchtend. Es gibt aber allerdings Fälle, wo dem Uebernehmer einer Sache rücksichtlich derselben mehr Rechte zukommen, als dem Uebergeber, so z. B. erlangt er zuweilen das Eigenthum, ungeachtet es sein Vormann nicht hatte (§. 367); er genießt als redlicher Besitzer Vortheile, welche seinem Vorgänger, dessen Besitz unredlich war, nicht zukamen; er kann zuweilen, wenn auch der Besitz Beyder von gleicher Beschaffenheit ist, in kürzerer Zeit ersitzen (§. 1476) u. dgl.; allein in allen diesen Fällen ist das ausgedehntere Recht des Nachfolgers nicht in der Uebertragung, sondern unmittelbar in der Verfügung des Gesetzes gegründet, in Folge deren dem Nachfolger wegen des ihm eigenen Verhältnisses andere Rechte zustehen.

§. 132.

b) Rücksichtlich der mit der Sache verbundenen Lasten.

(§. 443 des b. G. B.)

„Mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen werden auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen. Wer diese Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit. Andere Forderungen und Ansprüche, die jemand an den vorigen Eigenthümer hat, gehen nicht auf den neuen Erwerber über.“

Der Grund ist hier derselbe, wie im vorigen Paragraphe. Sobald eine Last in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, muß sie von jedermann als bestehend anerkannt werden, der Erwerber kann sich also damit nicht entschuldigen, daß er von derselben keine Kenntniß hatte. Es steht ihm immer frey, die öffentlichen Bücher einzusehen, und er sollte sie einsehen, oder durch einen Tabular-Extract sich die Kenntniß von den Verhältnissen der Sache verschaffen, weil sonst der Zweck der öffentlichen Bücher nicht erreicht würde; es wird ihm daher auch als Nachlässigkeit angerechnet, wenn er es zu thun unterlassen hat. Wäre ihm ausdrücklich zugesagt worden, daß die Sache von Lasten frey sey; so gründete dieß zwar einen Anspruch auf Gewährleistung gegen seinen Vormann, aber eine solche Zusage schützte ihn nicht gegen einen Dritten.

Unter die auf einer Sache haftenden Lasten, welche auf den Erwerber übergehen, gehören auch diejenigen, welche aus dem öffentlichen Rechte oder der Landesverfassung entspringen, wie z. B. die Verpflichtung, Steuern zu zahlen, Zehnten oder die mit dem Unterthänigkeitsbande verbundenen Leistungen zu entrichten; denn diese Verpflichtungen ergeben sich aus der Beschaffenheit des Gutes und sind mit dem Besitze selbst verbunden. Alle andern mit einer Sache verbundenen Lasten müssen, damit sie auch gegen einen Dritten wirksam seyen, in den öffentlichen Büchern eingetragen werden. Daher wurde auch angeordnet, daß die des öffentlichen Wohles wegen ausgestellten Reverse über Abtragung der Gebäude (Demolitions-Reverse), so wie andere an

das Wasserbauamt oder andere öffentliche Behörden ausgestellten Reverse und Verpflichtungen in den Landtafeln und Grundbüchern eingetragen werden [1].

Alle anderen, in den öffentlichen Büchern nicht eingetragenen Rechte sind bloß persönliche, können also nur gegen die verbundene Person und die Erben derselben, nicht aber gegen den Nachfolger im Eigenthume einer einzelnen Sache ausgeübt werden.

§. 133.

Von den Arten, auf welche das Eigenthumsrecht aufhört.

(§. 444 des b. G. B.)

»Das Eigenthum überhaupt kann durch den Willen des Eigenthümers; durch das Gesetz, und durch richterlichen Ausspruch verloren gehen. Das Eigenthum der unbeweglichen Sachen aber wird nur durch die Löschung aus den öffentlichen Büchern aufgehoben.«

Durch den Willen des Eigenthümers hört das Eigenthum auf, wenn der Eigenthümer sein Recht auf die Sache aufgibt, sie derelinquirt, oder auf einen Andern überträgt. Durch das Gesetz, wenn einer von den Fällen eintritt, in welchen das Eigenthum unmittelbar durch die Verfügung des Gesetzes auf einen Andern übergeht, z. B. in den Fällen des §. 367; oder durch die Ersitzung. Durch richterlichen Ausspruch, wenn die Sache im Executions- oder Concurs-Verfahren einem Gläubiger zu seiner Befriedigung eingeantwortet wird. Daß auch das Eigenthum dann aufhört, wenn der Gegenstand desselben zu Grunde gegangen ist, oder aus Rücksichten des öffentlichen Wohles abgetreten werden muß (§. 365), ergibt sich aus der Natur der Sache und dem, was bereits gesagt worden ist.

In den Fällen, wo das Eigenthum nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher vollständig erworben wird, dauert es für denjenigen, auf dessen Nahmen es eingetragen ist, so lange

---

[1] Hofkanzleydecrete vom 19. November 1818 und 27. April 1820. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 152.

fort, als es aus den öffentlichen Büchern nicht gelöscht, oder auf den Nahmen eines Andern eingetragen wird. Eine Löschung könnte nur dann Statt finden, wenn die Sache gänzlich zu Grunde gegangen ist, oder ihre Eigenschaft so geändert hat, daß sie nicht mehr eine selbstständige Sache, sondern bloß Zugehör einer andern ist, oder in andere Bücher, z. B. aus der Landtafel in ein Grundbuch, übertragen werden muß. Sonst hört aber das Eigenthum, oder eigentlich der Tabular-Besitz auf, wenn die Sache auf den Nahmen eines Andern eingetragen wird, weil sich Zwey oder Mehrere nicht zugleich im ausschließenden Besitze einer Sache befinden können, der Besitz des Einen also nothwendig den Besitz des Andern ausschließt. So lange die Umschreibung nicht vorgenommen worden ist, wird der Eingetragene noch immer als Eigenthümer angesehen, und kann, wenn er auch die Sache an einen Andern veräußert oder in den Natural-Besitz übergeben hätte, dieselbe noch immer belasten, oder in den Civil-Besitz eines Andern übertragen (§. 440).

§. 134.

Allgemeine Regel rücksichtlich der Führung der öffentlichen Bücher.

(§§. 445 und 446 des b. G. B.)

»Nach den in diesem Hauptstücke über die Erwerbungs- und Erlöschungsart des Eigenthumsrechtes unbeweglicher Sachen gegebenen Vorschriften hat man sich auch bey den übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden, dinglichen Rechten zu verhalten.«

Da die Eintragung in die öffentlichen Bücher überhaupt den Zweck hat, die Ausübung der dinglichen Rechte auf unbewegliche Sachen zu sichern, dieser Zweck aber im Allgemeinen bey allen auf dieselbe Art erreicht werden kann; so gilt das, was in dieser Hinsicht von dem Eigenthume angeordnet worden ist, mit einigen Modificationen, welche in der Lehre von den übrigen dinglichen Rechten vorkommen werden, auch von denselben.

Bey der Anwendung dieser Vorschriften sind aber zur Aufrechthaltung der Ordnung und Evidenz in der Manipulation mancherley Vorsichten zu beobachten, welche sich vorzüglich nach

der Beschaffenheit der in einzelnen Bezirken bestehenden öffentlichen Bücher richten, und den Gegenstand besonderer Anordnungen, insbesondere der Landtafel- und Grundbuchs-Patente, ausmachen, in das Gesetzbuch aber nicht aufgenommen wurden, weil sie eigentlich Vorschriften über das Verfahren, folglich Gegenstand der Gerichts-Ordnung, im weiteren Sinne dieses Wortes, sind. Diese Anordnungen werden durch den §. 446 ausdrücklich bestätiget, indem es hier heißt: »Auf was Art und mit welchen Vorsichten überhaupt bey Einverleibung dinglicher Rechte vorzugehen sey, ist in den über die Einrichtung der Landtafeln und Grundbücher bestehenden besondern Anordnungen enthalten.« Doch hat diese Bestätigung nur in so fern zu gelten, als die früheren Verfügungen mit den späteren, in dem bürgerl. G. B. oder andern nachträglich bekannt gemachten Gesetzen nicht im Widerspruche stehen; denn in so fern dieß der Fall ist, sind sie als stillschweigend aufgehoben anzusehen (s. den I. Theil dieses Werkes §. 35', S. 87.)

Sechstes Hauptstück.

Von dem Pfandrechte.

§. 135.

Pfandrecht und Pfand überhaupt.

(§. 447 des b. G. B.)

Jede richtige Forderung gründet einen Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners. Da aber der Bestand eines Vermögens stäten Veränderungen unterworfen ist, und die Ansprüche der Gläubiger auf das Vermögen ihres Schuldners alle gleich sind; so ist nur dann Sicherheit für einen Gläubiger vorhanden, wenn sein Recht auf eine bestimmte Sache so begründet ist, daß er es gegen jeden Inhaber derselben geltend zu machen befugt ist, die Veräußerung dieser Sache ihm folglich nicht schaden kann. Dieß ist aber der Fall, wenn demselben ein Pfandrecht eingeräumt wurde, denn »das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen.«

Weil aber das Recht, welches der Gläubiger auf die verpfändete Sache erlangt, bloß darin besteht, daß er daraus seine Befriedigung erlangen kann, so steht ihm die Befugniß nicht zu, die verpfändete Sache zu gebrauchen, oder willkürlich mit derselben zu verfügen. Hieraus ergibt sich der Unterschied zwischen dem Pfandrechte und den übrigen dinglichen Rechten; das Eigenthums- und Erbrecht umfassen die Totalität einer Sache, jenes einzelner Bestandtheile des Vermögens, dieses des Nachlasses eines Verstorbenen, als einer Gesammtsache; das Servituts-Recht besteht zwar auch in einer einzelnen Befugniß in einer fremden Sache, aber es unterscheidet sich wesentlich darin, daß es wegen eines andern Vortheils des Berechtigten, als wegen der

Sicherheit einer Forderung bestellt ist. Uebrigens setzt das Pfandrecht so, wie das Servituts-Recht eine fremde Sache voraus, denn durch die Veräußerung der eigenen Sache übt der Gläubiger bloß sein Eigenthumsrecht aus, und erlangt dadurch die Bezahlung nicht, welche er von seinem Schuldner zu fordern hat. In der Folge wird zwar gezeigt werden, daß das Hypothekar-Recht der Form nach in der eigenen Sache mit besondern rechtlichen Wirkungen bestehen könne, allein die Ausübung des Pfandrechtes bleibt so lange gehemmt, als die Forderung und das Eigenthum der verpfändeten Sache in Einer Person vereiniget ist, nur kann es, gleich dem Servituts-Rechte (§. 526), wieder aufleben, wenn es einem andern Gläubiger abgetreten, oder die Sache einem Andern veräußert wird.

»Die Sache, worauf dem Gläubiger dieses Recht (aus derselben seine Befriedigung zu erlangen) zusteht, heißt überhaupt ein Pfand.«

Das Wort Pfand wird also in zweyfacher Bedeutung genommen, in der weiteren bedeutet es jede Sache, in welcher dem Gläubiger ein Pfandrecht bestellt worden ist; in der engeren wird darunter nach dem folgenden Paragraphe nur das Handpfand verstanden. Aus dem Zusammenhange ist leicht zu entnehmen, in welcher Bedeutung dieser Ausdruck in den einzelnen gesetzlichen Verfügungen gebraucht wird.

§. 136.

Was verpfändet werden kann. Pfand und Hypothek.

(§. 448 des b. G. B.)

»Als Pfand kann jede Sache dienen, die im Verkehre steht;« sie mag körperlich oder unkörperlich, beweglich oder unbeweglich seyn, dem Schuldner oder einem Andern gehören. Im Verkehre muß aber die verpfändete Sache stehen, oder veräußerlich seyn, weil sonst der Zweck des Pfandes, nähmlich die Befriedigung durch Veräußerung desselben zu erlangen, nicht erreicht werden könnte. Der Umstand aber, daß der Gläubiger zum Besitze der verpfändeten Sache nicht fähig ist, steht der Erwerbung des Pfandrechts bey unbeweglichen Gütern nicht entgegen.

Dagegen gibt es aber wieder mehrere Sachen und Rechte, welche zwar überhaupt im Verkehre stehen, auf welche aber weder durch freywillige Bestellung, noch durch gerichtliche Anordnung ein Pfandrecht erlangt werden kann. Die Anordnungen hierüber enthält die Gerichtsordnung und die zu derselben nachträglich erlassenen Verfügungen [1].

»Ist die verpfändete Sache beweglich, so wird sie Handpfand, oder ein Pfand in enger Bedeutung genannt; ist sie unbeweglich, so heißt sie eine Hypothek oder ein Grundpfand.« Auch in unkörperlichen Sachen kann, je nachdem sie zu den beweglichen oder unbeweglichen Sachen gehören, ein Pfand in enger Bedeutung, oder eine Hypothek bestellt werden.

§. 137.

Titel zum Pfandrechte.

(§§. 449 und 450 des b. G. B.)

»Das Pfandrecht bezieht sich zwar immer auf eine gültige Forderung, aber nicht jede Forderung gibt einen Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes.«

Das Pfandrecht ist also ein accessorisches Recht, welches ohne Hauptrecht nicht entstehen kann, daher heißt es auch im §. 1351: »Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben, oder schon aufgehoben sind, können weder übernommen, noch bekräftiget werden.« Jedoch ist es nicht nothwendig, daß die Forderung schon wirklich existire; sie kann auch eine künftige seyn, wie dieser Fall gewöhnlich bey Cautionen eintritt, wenn sie bloß in Rücksicht der künftigen Verbindlichkeit eines Ersatzes bestellt werden. Auch kann das Pfandrecht, wenn es einmahl bestellt ist, in der Fortdauer für sich bestehen. Dieß erhellt aus den §§. 466, 469 und 1483, da der §. 466 voraussetzt, daß das persönliche Recht der Forderung und das dingliche aus dem

---

[1] S. §. 313 der Jos. Ger. Ord. und die sich auf denselben beziehenden Verordnungen in Zimmerl's Handbuche, oder in Ofner's Darstellung der Gerichts-Ordnung, 1. Thl. §. 313. S. 306.

Pfandrechte gegen verschiedene Personen ausgeübt werde; der §. 469 ausdrücklich enthält, daß zur Aufhebung einer Hypothek die Tilgung der Schuld nicht hinreicht; und der §. 1483 in dem Sinne genommen werden muß, daß das Pfandrecht fortdauere, ungeachtet das Recht der Forderung durch Verjährung erloschen ist.

Aber eine Forderung an und für sich gibt noch keinen Titel zum Pfandrechte, weil derjenige, der sich überhaupt etwas zu leisten verpflichtet, dadurch dem Berechtigten noch nicht eine besondere Befugniß auf einen bestimmten Bestandtheil seines Vermögens einräumt. Wer also ein Pfandrecht anspricht, muß immer einen besondern, sich auf dasselbe beziehenden Titel nachweisen. »Dieser gründet sich auf das Gesetz; auf einen richterlichen Ausspruch; auf einen Vertrag; oder den letzten Willen des Eigenthümers« (§. 449). Das Pfand wird also hiernach ohne oder durch den Willen des Schuldners bestellt, und kann in so fern in ein nothwendiges und freywilliges; und jenes wieder in ein gesetzliches oder gerichtliches, dieses in ein vertragsmäßiges oder testamentarisches eingetheilt werden.

»Die Fälle, in welchen das Gesetz Jemanden das Pfandrecht einräumt, sind am gehörigen Orte dieses Gesetzbuches und bey dem Verfahren in den Concursfällen angegeben. In wie fern das Gericht ein Pfandrecht einräumen könne, bestimmt die Gerichtsordnung. Soll durch die Einwilligung des Schuldners oder eines Dritten, der seine Sache für ihn verhaftet, das Pfandrecht erworben werden; so dienen die Vorschriften von Verträgen und Vermächtnissen zur Richtschnur.«

In dem Gesetzbuche wird dem Bestandgeber zur Sicherstellung des Mieth- oder Pachtzinses (§. 1101), dann dem durch fremdes Vieh Beschädigten auf die auf dem Grunde ergriffenen Thiere eingeräumt (§. 1321).

Vermöge der Vorschriften über das Verfahren in Concursfällen gebührt der Staatsverwaltung rücksichtlich dreyjähriger

Rückstände an landesfürstlichen Steuern, und den Grundherrschaften rücksichtlich dergleichen Rückstände an gutsherrlichen Abgaben, dann der rückständigen Veränderungsgebühren, auf das Gut, von dem diese Steuern und Abgaben hätten entrichtet werden sollen, das Pfandrecht, und zwar vor allen andern Pfandgläubigern. Dieses Pfandrecht ist auch außer den Concursfällen bey den im Wege der Execution vorgenommenen Versteigerungen wirksam [1].

Laut besonderer Verordnungen haben ferner ein Pfandrecht: 1. die Unterthanen in Ansehung der aus dem Unterthänigkeitsbande entspringenden, binnen drey Jahren angebrachten Forderungen auf den achten Theil des Werthes des herrschaftlichen Gutes (Octava), so zwar, daß sie von der Zeit der Kundmachung der dießfälligen Verordnung rücksichtlich dieses Theiles allen Gläubigern vorgehen [2].

In dem Erzherzogthume Oesterreich unter der Enns haftet die Octava auch für die Pupillengelder der Unterthanen, und die bey den Herrschaften erlegten Depositen- und Währungsgelder [3], und zwar wurde in einem besondern Falle, wo die Frage entstand: wie bei der Vertheilung der Renten im Falle der Sequestration einer Herrschaft vorzugehen sey, entschieden: daß die Einkünfte des Gutes vor Allem zur Befriedigung des der Octava gleichkommenden Betrages der Waisen-Forderungen mit Capital und Interessen zu verwenden seyen [4]. In Beziehung auf Illyrien und das Küstenland wurde auf die Anfrage: ob die Haftung der Octava auch denjenigen Bezirks-Insassen, welche nicht zugleich Unterthanen des delegirten Dominiums sind, zu Guten komme? mit höchster Entschließung vom 26. Januar 1830 entschieden: daß sie nach dem Patente vom 10. Julius 1789 nur auf die aus dem Bande der Unterthänigkeit entspringenden Forderungen angewen-

---

[1] §. 16 der Jos. Conc. Ordn. §. 126 der Galiz. Ger. Ordn.; dann Just. Hofd. vom 16. Sept. 1825. S. mein Handb. 2. B. S. 157.

[2] Pat. v. 10. Julius 1789. Eben daselbst S. 161.

[3] Landtafel-Pat. für Nieder-Oesterreich v. 24. Nov. 1758, §. 23.

[4] S. den von Hrn. J. H. v. Kremer dargestellten Rechtsfall, in Wagner's Zeitschrift, J. 1829, 9. Heft, S. 132.

det, und daher nicht auf die Amtshandlungen der Bezirksobrigkeiten in Illyrien, als solcher, ausgedehnet werden darf [1].

In dem Patente vom 10. Julius 1789 war angeordnet, daß die Octava insbesondere in den Landtafeln vorgemerkt werde; dieß wurde jedoch nachträglich dahin bestimmt, daß nicht eine bestimmte Summe, welche den achten Theil des Werthes eines Gutes ausmacht, sondern nnr im Allgemeinen die Haftung dieses achten Theiles anzumerken sey [2]. Von dieser Vormerkung kam es aber in Mähren und Schlesien ab [3], und in Böhmen wurde diese Haftung ganz aufgehoben [4]; in Galizien aber angeordnet: daß das gesetzliche Pfandrecht auf die Octava, auch ohne intabulirt zu seyn, volle Wirkung habe [5]. Hinsichtlich des durch die Octava nicht bedeckten Ueberrestes haben sich die Unterthanen mit ihren Forderungen in Fällen, wo ein neuer Eigenthümer eingetreten ist, bloß an den Gutsherrn, der ihr Schuldner geworden ist, nicht aber an den gegenwärtigen Besitzer zu halten [6].

Ein gesetzliches Pfandrecht haben 2. die Feuerlöschkosten, welche allen auf einem Hause haftenden Schulden vorgehen [7].

Das Gericht ertheilt den Titel zum Pfandrechte, wenn es auf Begehren dessen, der ein rechtskräftiges Urtheil oder einen gerichtlichen Vergleich für sich hat, rücksichtlich der beweglichen Sachen dem Gerichtsdiener aufträgt, die zu verpfändenden Sa-

---

[1] Hofkanzley-Decret vom 4. Febr. 1830. Pol. Ges. 58. Bd. S. 72.
[2] Hofdecret vom 25. Sept. 1789. S. mein Handb. 2 Bd. S. 162.
[3] Hofdecret vom 28. April 1791, lit. o.
[4] Hofdecret vom 16. Februar 1792, lit. d.
[5] Hofdecret vom 4. September 1813.
[6] Hofkanzley-Decret vom 9. November 1826. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 163.
[7] Feuerlösch-Ordnung für Wien §. 28, kundgemacht unter dem 22. April 1818; für Grätz §. 144, kundgemacht den 20. November 1822; dann Justiz-Hofdecret an das Nied. Oesterr. Appell. Gericht vom 28. Februar 1824, welches durch den k. k. Hofkriegsrath sämmtlichen Militär-Behörden zur Wissenschaft und Darnachachtung mittelst Circulares vom 27. April 1824 mitgetheilt wurde. S. Sammlung der Militär-Gesetze 7. Jahrgang, S. 45.

chen zu beschreiben; rücksichtlich der unbeweglichen aber bewilliget, daß das Urtheil oder der Vergleich in die öffentlichen Bücher eingetragen werde [1].

Soll das Pfandrecht durch einen Vertrag oder letzten Willen begründet werden; so müssen diese Erklärungen die Erfordernisse haben, welche überhaupt zur Gültigkeit derselben nothwendig sind.

§. 138.

Erwerbungsart des Pfandrechtes.

(§. 451 des b. G. B.)

»Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muß der mit einem Titel versehene Gläubiger, die verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehmen; und wenn sie unbeweglich ist, seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigenthumes liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen. Der Titel allein gibt nur ein persönliches Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache.«

Es verhält sich also bey dem Pfandrechte, wie bey den übrigen dinglichen Rechten (§. 425), und nur die Fälle, in welchen das Pfandrecht schon vermöge der gesetzlichen Anordnung gebührt, machen der Regel nach hierin eine Ausnahme, indem dieses Pfandrecht auch ohne Erwerbungsart wirksam ist. Sonst besteht die Erwerbungsart bey beweglichen Sachen ordentlicher Weise in der körperlichen Uebergabe; bey unbeweglichen in der Eintragung in die öffentlichen Bücher.

§. 139.

Insbesondere bey beweglichen Sachen, rücksichtlich welcher eine körperliche Uebergabe nicht Statt findet.

(§. 452 des b. G. B.)

»Bey Verpfändung derjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand zu-

---

[1] S. mein Handb. 2 Bd. S. 164.

lassen, muß man sich, wie bey der Uebertragung des Eigenthumes (§. 427), solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann. Wer diese Vorsicht unterläßt, haftet für die nachtheiligen Folgen.«

Es gilt also hier Alles, was oben (§. 119, S. 188) von der Erwerbung des Eigenthums solcher beweglicher Sachen, welche eine körperliche Uebergabe nicht zulassen, gesagt worden ist. Insbesondere ist in Ansehung der Verpfändung der Forderungen zu bemerken, daß die Uebergabe solcher Schuldscheine, welche nicht auf den Ueberbringer lauten, hierzu nicht hinreicht, sondern zugleich eine Cession der Forderung für den Fall, als der Gläubiger seine Befriedigung aus derselben suchen müßte, vorzunehmen ist (§. 1393); so wie auch in Executionsfällen, der Gläubiger die Forderung, aus welcher er seine Befriedigung sucht, sich einantworten lassen muß [1]. Wäre die abgetretene Forderung durch ein Pfand oder eine Hypothek befestiget, so liegt in der Cession der Forderung zugleich die Uebertragung des Pfandrechtes, denn »die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben« (§. 1394); der Cessionar ist also berechtiget, die Uebergabe des Pfandes, und rücksichtlich der Hypothek die Eintragung der Cession in die öffentlichen Bücher zu verlangen [2]. So lange aber die Uebergabe oder die Eintragung nicht erfolgt ist, hat sein dießfälliger Anspruch nur die Wirkung eines persönlichen Rechtes, es müßte ihm also der vorgehen, welcher durch Afterpfändung das dingliche Recht auf die abgetretene Forderung wirklich erlangt hat.

Bey der Verpfändung beweglicher Sachen ohne körperliche Uebergabe, waltet so, wie bey der Uebertragung des Eigenthums derselben, die Besorgniß ob, daß derjenige, welcher die Sache in seiner Gewahrsame hat, sich mit derselben Verfügungen anmaße, welche ihm nicht zustehen; man muß also hierbey vorsichtig zu Werke gehen, um dergleichen Beeinträchtigungen nach Möglichkeit zu verhüthen. Ist dieß nicht geschehen, so müßte

---

[1] Jos. Ger. Ordn. §. 314. Galiz. §. 415.
[2] Ebend. §§. 315 und 416.

derjenige, der hierin etwas versehen hat, die Folgen sich gefallen lassen. Der Schuldner aber, welcher die gerichtlich gepfändete, ihm anvertraute Sache verzehrte oder veräußerte, machte sich der Veruntreuung schuldig, und würde nach den Strafgesetzen zu behandeln seyn [1].

§. 140.

Erwerbung des Pfandrechtes bey unbeweglichen Sachen; a) durch Intabulation.

Das Gesetzbuch enthält keine näheren Vorschriften über die Erwerbung des Pfandrechtes durch Intabulation, weil schon im vorigen Hauptstücke (§. 445) die Regel gegeben wurde, daß man sich nach den über die Erwerbungs- und Erlöschungsart des Eigenthumsrechtes unbeweglicher Sachen gegebenen Vorschriften auch bey den übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden, dinglichen Rechten zu verhalten hat, dann auch der §. 451 die Anordnung enthält, daß, um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, der mit einem Titel versehene Gläubiger bey unbeweglichen Sachen seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigenthumes liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen müsse. Es gehören also auch zur Intabulation des Hypothekar-Rechtes die Erfordernisse der §§. 433—437 (oben §. 124—127), nur versteht sich, daß der Titel, welcher bey dem Eigenthume auf die gänzliche Ueberlassung der Sache geht, hier auf das Pfandrecht sich beziehen muß. Aus der Vorschrift des §. 435: daß die Sache, auf welche das dingliche Recht erworben werden soll, genau zu bestimmen ist, ergibt sich, daß die Bestellung einer sogenannten General-Hypothek, d. i. die Verschreibung, laut welcher dem Gläubiger das ganze Vermögen des Schuldners verhaftet seyn soll, unwirksam ist. Die General-Hypotheken wurden schon durch das Hofrescript vom 14. September 1749 [2] beschränkt, später aber durch die Landtafel- und Grundbuchs-Patente, nahmentlich durch das Landtafel-Patent für Böhmen und Mähren

---

[1] Justiz-Hofdecret vom 1. August 1828. S. Goutta's Gesetzsammlung 29. Bd. S. 298.

[2] Theresianische Gesetze. 1. Bd. S. 123.

§. 13 [1], und erst neuerlich auch in Beziehung auf Dalmatien [2], durch das Hofkanzley=Decret vom 8. October 1830, gänzlich aufgehoben. Der Eigenthümer ist zwar berechtiget, mehrere oder auch alle seine unbeweglichen Sachen zur Sicherheit der nähmlichen Schuld zur Hypothek zu bestellen, allein dieß muß mittelst Benennung der einzelnen und besonderer Eintragung auf jede derselben geschehen, so daß also hierdurch ein Inbegriff mehrerer Hypotheken, oder eine Simultan= oder Gesammt=Hypothek entsteht.

Glaubt jemand ein Recht zu haben der geschehenen Intabulation zu widersprechen; so gilt in dieser Hinsicht Alles, was rücksichtlich des Widerspruches gegen die Intabulation zur Erlangung des Eigenthums (oben §. 130, S. 207) gesagt worden ist.

§. 141.

b) Durch Pränotation. Wann dieselbe Statt finde.

(§. 453 des b. G. B.)

»Findet die Einverleibung einer Forderung in die öffentlichen Bücher wegen Mangels gesetzmäßiger Förmlichkeit in der Urkunde nicht Statt; so kann sich der Gläubiger vormerken (pränotiren) lassen.«

Auch die Erfordernisse der Pränotation werden hier nicht näher angegeben, weil das Gesetz dieselben bereits in dem §. 438 bestimmt hat. Die Pränotation setzt also über den Anspruch zur Hypothek »eine zwar glaubwürdige, aber nicht mit allen in den §§. 434 und 435 zur Einverleibung vorgeschriebenen Erfordernissen versehene Urkunde« voraus. Die Verfügung des §. 453 kann daher nicht in dem Sinne genommen werden, daß jede zur Intabulation nicht geeignete Urkunde pränotirt werden könne; sondern sie muß vielmehr so verstanden werden, daß jene Urkunde pränotirt werden könne, welche zwar die eigenen Erfordernisse eines Tabular=Instrumentes nicht hat, aber übrigens glaubwürdig

---

[1] S. mein Handb. 2. B. S. 129.

[2] Verordn. des dalmatinischen Gubern. vom 9. Nov. 1830. S. Wagner's Zeitschrift, J. 1831, 1. Heft. Notizenblatt S. 30.

ist, d. h. über das persönliche Recht, welches durch die Pränotation sicher gestellt werden soll, einen vollen oder einen halben Beweis herstellt [1]. Jene Urkunden, welche, wenn sie auch mit den Feyerlichkeiten eines Tabular-Instrumentes versehen würden, doch nicht intabulirt werden könnten, sind auch nicht zur Pränotation geeignet. Da aber auch eine gültige Forderung noch keinen Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes gibt (§. 449); so muß derselbe als in dem Gesetze, einem richterlichen Ausspruche, einem Vertrage oder dem letzten Willen des Eigenthümers gegründet, besonders nachgewiesen werden. Die in der Praxis angenommene Meinung, daß jede über die Zuständigkeit der Forderung beygebrachte Urkunde zur Pränotation geeignet sey, läßt sich mit der Verfügung des §. 449 nicht vereinigen [2], jedoch kann man nicht läugnen, daß in den früheren Tabular- und Grundbuchs-Verordnungen von der Nachweisung eines besondern Titels zur Erlangung der Hypothek durch Pränotation durchaus keine Erwähnung geschieht. Daß auch noch gegenwärtig der Titel in der zu pränotirenden Urkunde nicht enthalten zu seyn braucht, wenn die Pränotation als mittlerweilige Sicherstellung angesucht wird, und der Titel sich in so fern auf das Gesetz gründet, habe ich in einem besondern Aufsatze darzuthun gesucht [3].

§. 142.

Wirkung der Pränotation.

Der §. 453 fährt nach der im vorstehenden Paragraphe angeführten Verfügung so fort: »Durch diese Vormerkung erhält er (der Gläubiger) ein bedingtes Pfandrecht, welches,

---

[1] Hofdecret vom 21. Julius 1797. S. mein Handb. 2 Bd. S. 180.

[2] S. die Abhandlung des Hrn. Landrathes Nippel: Ueber die Natur der Rechtfertigungsklage bey pränotirten Schuldforderungen, in dem 3. Hefte der Zeitschrift des Hrn. Professors Wagner vom Jahre 1830, S. 119; dann des Hrn. Hofrathes Benoni Beyträge zur Ergänzung der vorstehenden Abhandlung, im 3. Hefte eben dieser Zeitschrift, Jahrg. 1831, S. 139.

[3] S. meinen Aufsatz: Von der Pränotation, als einer im Gesetze gegründeten mittlerweiligen Vorkehrung; im 3. Hefte derselben Zeitschrift, Jahrg 1832, S. 99.

wenn die Forderung auf die oben §§. 438 und 439 angeführte Art gerechtfertiget worden ist, von dem Zeitpuncte des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches in ein unbedingtes übergeht.«

Es gilt also von der Erwerbung des Pfandrechtes durch Pränotation Alles, was oben (§. 128, S. 209) von der Erwerbung des Eigenthums durch Vormerkung gesagt worden ist. Nur ist hier noch zu bemerken, daß auch eine bereits vorgemerkte, und wegen nicht in gehöriger Zeit überreichter Rechtfertigungsklage wieder gelöschte Forderung auf Anlangen des angeblichen Gläubigers wieder pränotirt werden kann. Allein die Priorität ist in diesem Falle nur nach dem zuletzt überreichten Gesuche zu beurtheilen, und damit ein solches Gesuch zum Nachtheile des Besitzers der durch die Pränotation beschwerten Sache nicht öfter wiederholt werden könne, kann dieser den angeblichen Gläubiger durch eine Aufforderungsklage unter Androhung des ewigen Stillschweigens verhalten, sein Recht darzuthun, und so dem weiteren Ansuchen um die Pränotation vorbeugen [1].

Unter die eigenen Wirkungen der Eintragung in die öffentlichen Bücher gehört auch, daß eine Forderung, welche intabulirt oder pränotirt ist, ohne Rücksicht auf den sonstigen Gerichtsstand des Schuldners, bey demjenigen Gerichte eingeklagt werden kann, welchem der Schuldner nach seinen persönlichen Eigenschaften unterworfen seyn würde, wenn er da, wo das gepfändete Gut liegt, seinen Wohnsitz hätte [2]. Doch scheint diese Anordnung nach dem in derselben ausgesprochenen Grunde, nähmlich der Befestigung des Privat-Credites, nur von justificirten Pränotationen zu gelten, folglich rücksichtlich der Justificirung selbst, welche nach dem Hofdecrete vom 18. November 1796 [3], in der Regel [4] bey dem Personal-Richter dessen, gegen den die

---

[1] Hofdecret vom 20. Junius 1818. S. mein Handb. 2. Bd. S. 181.

[2] Hofdecret vom 8. October 1819. Ebend. S. 182.

[3] Ebend. S. 179.

[4] Eine Ausnahme hat rücksichtlich der Ausländer Statt. S. das Hofdecret vom 23. October 1802. Ebend. S. 181.

Pränotation erwirkt wurde, vorzunehmen ist, keine Anwendung zu haben, was auch der Natur eines bedingten Rechtes gemäß ist, welches, so lange die Bedingung nicht erfüllt wurde, die Wirkung eines unbedingten nicht hervorbringen kann [1].

§. 143.

Erwerbung eines Afterpfandes.

(§. 454 des b. G. B.)

»Der Pfandinhaber kann sein Pfand, in so weit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden, und in so fern wird es zum Afterpfande, wenn zugleich Letzterer sich dasselbe übergeben, oder die Afterverpfändung auf das Pfandrecht in die öffentlichen Bücher eintragen läßt.«

Ein Afterpfand ist also ein Pfand, welches der Pfandgläubiger seinem Gläubiger in dem ihm zustehenden Pfandrechte einräumt. Jeder Pfandgläubiger erwirbt durch die Bestellung des Pfandes ein dingliches Recht, über welches er in so weit verfügen kann, als es die Natur dieses Rechtes gestattet, und es ihm wirklich zusteht; er kann es also auch an seinen eigenen Gläubiger übertragen. Der Gegenstand des Afterpfandes ist aber zunächst nicht die zum Pfande oder zur Hypothek bestellte körperliche Sache, sondern das auf dieser Sache haftende Pfandrecht; allein da dieses nur ausgeübt werden kann, wenn auch der Afterpfandgläubiger Titel und Erwerbungsart zu demselben hat, so muß die verpfändete Sache, wenn sie eine bewegliche ist, auch dem Afterpfandgläubiger übergeben, und, wenn sie eine unbewegliche ist, die Afterverpfändung in die öffentlichen Bücher eingetragen werden, eine Eintragung, welche in diesem Falle Super-Intabulation oder Super-Pränotation genannt

---

[1] Wie die Eintragung zur Erlangung des Hypothekar-Rechtes in denjenigen Provinzen, wo eine andere Einrichtung der öffentlichen Bücher besteht, geschehen müsse, ist aus den oben (S. 198) in der Anmerkung zu dem §. 122 angeführten Schriften zu ersehen.

wird, übrigens aber wie jede andere Einverleibung oder Präno-tation erwirkt werden kann.

Der Afterpfandnehmer erhält durch die Afterverpfändung nur in so weit ein Recht, als solches dem ersten Pfandgläubiger zusteht, da niemand mehr Rechte abtreten kann, als er selbst hat (§. 442); wäre also eine Sache, welche 100 Gulden werth ist, dem Gläubiger A nur für eine Forderung von 30 Gulden ver-pfändet worden; so kann B, dem dieselbe zum Afterpfande ge-geben wurde, auch nur rücksichtlich des Betrages von 30 Gulden ein Pfandrecht auf dieselbe ausüben, wenn gleich seine Forde-rung 50 Gulden beträgt.

§. 144.

Wirkung des Afterpfandes.

(§. 455 des b. G. B.)

»Wird der Eigenthümer von der weiteren Verpfän-dung benachrichtiget; so kann er seine Schuld nur mit Willen dessen, der das Afterpfand hat, dem Gläubiger abführen, oder er muß sie gerichtlich hinterlegen, sonst bleibt das Pfand dem Inhaber des Afterpfandes ver-haftet.«

Die Afterverpfändung hat also nicht nur in Beziehung auf den Besteller des Afterpfandes die Wirkung, daß er die Aus-übung seines Pfandrechtes in so weit einem Andern überlassen muß, als er es auf ihn übertragen hat, sondern sie hat auch eine Wirkung auf den ersten Schuldner; denn dieser muß bey der Entrichtung seiner Schuld dafür Sorge tragen, daß der After-pfandgläubiger aus dem, was für die erste Schuld zu entrichten ist, seine Befriedigung erhalten könne. Soll aber diese Wirkung für den ersten Schuldner eintreten, so muß er von der weiteren Verpfändung in Kenntniß gesetzt werden, denn sonst könnte er seinen Gläubiger ohne Rücksicht auf das Recht des Afterpfand-gläubigers befriedigen, und dann die Herausgabe der verpfän-deten Sache oder die Befreyung derselben vom Pfandrechte ver-langen. Ist aber der erste Pfandbesteller von der weiteren Ver-pfändung in Kenntniß gesetzt worden; so ist er unmittelbar aus

dem Gesetze verpflichtet, auf den Afterpfandgläubiger Rücksicht zu nehmen, folglich ist seine Einwilligung zur Afterverpfändung nicht nothwendig. Wollte der Eigenthümer des Pfandes die Afterverpfändung nicht gestatten, so müßte er sie, nach der Analogie dessen, was in dem §. 1098 rücksichtlich des Afterbestandes angeordnet ist, seinem Gläubiger bey der Bestellung des Pfandes ausdrücklich untersagen.

Uebrigens leidet aber das Rechtsverhältniß des ersten Schuldners mit seinem Gläubiger durch die Afterverpfändung keine Aenderung. Der erste Schuldner ist also berechtiget und verpflichtet, die Zahlung so zu leisten, wie es die Natur der Forderung des ersten Pfandgläubigers mit sich bringt, nur muß er den Afterpfandgläubiger von der zu leistenden Zahlung in Kenntniß setzen, damit dieser dadurch Gelegenheit erhalte, entweder seine Befriedigung aus dem, was bezahlt wird, sogleich zu erlangen; oder wenn dieß etwa, weil die zweyte Schuld noch nicht verfallen, oder als liquid noch nicht anerkannt ist, nicht thunlich wäre, er wenigstens das Bezahlte mit Beschlag belegen könne, um seine Befriedigung dadurch zu sichern. Kann die Bezahlung von dem ersten Schuldner mit Einverständniß des Afterpfandgläubigers nicht geschehen, so ist der erste Schuldner berechtiget, das zu Bezahlende bey Gerichte zu hinterlegen. Durch die Zahlung sowohl, als durch die gerichtliche Hinterlegung der Schuld wird er von seiner Verbindlichkeit befreyt (§. 1425), und berechtiget, die Freygebung seines Pfandes zu fordern. Hat er aber seine Schuld ohne Beobachtung dessen, was ihm das Gesetz zur Sicherheit des Afterpfandgläubigers zu beobachten auferlegt, bezahlt; so bleibt die verpfändete Sache dem Afterpfandgläubiger noch immer verhaftet, der Eigenthümer derselben muß sich also gefallen lassen, daß der Afterpfandgläubiger durch Veräußerung derselben seine Befriedigung suche, oder, wenn der erste Pfandbesteller dieß nicht will, muß er, wenn er auch seinen Gläubiger schon befriediget hat, auch den Afterpfandgläubiger in so weit befriedigen, als dieser seine Befriedigung aus dem Afterpfande anzusprechen berechtiget ist.

Hieraus ergibt sich, daß in der weitern Verpfändung des Pfandrechtes immer auch eine stillschweigende Verpfändung der

Forderung des ersten Pfandgläubigers enthalten ist [1]. Obgleich also das Recht der Forderung und das Pfandrecht in mancher Hinsicht abgesondert betrachtet werden müssen, und jedes für sich eigene Rechtswirkungen nach sich zieht; so dürfen sie doch bey der Afterverpfändung nicht von einander getrennt werden, weil sonst das Afterpfand ein leerer Nahme wäre, und durchaus keine Sicherheit gewährte. Der Gläubiger, welcher dem Einen seine Forderung, dem Andern aber sein Pfandrecht zum Pfande bestellen wollte, würde sich dadurch einer betrüglichen Handlung schuldig machen, indem er die nähmliche Sache (die Forderung nähmlich) an Zwey veräußerte, da er doch wissen muß, daß er sie nur an Einen zu übertragen im Stande ist. Wäre aber eine solche abgesonderte Verpfändung vorgenommen worden, so würde der Inhaber des Afterpfandes dadurch doch keinen Nachtheil zu leiden haben, weil sein Recht auf der Sache selbst haftet, folglich gegen jedermann geltend gemacht werden kann. Aber auch der Schuldner, gegen welchen das zum Pfande bestellte Forderungsrecht ausgeübt werden soll, könnte nicht zu einer doppelten Zahlung verhalten werden, weil er durch die mit Einwilligung des Afterpfandgläubigers geleistete Zahlung oder die gerichtliche Hinterlegung der Schuld von seiner Verbindlichkeit befreyt wurde. Der Gläubiger, welchem die Forderung allein verpfändet wurde, könnte sich also bloß an den Schuldner halten, welcher ihm die Forderung verpfändet hat; es zeigt sich demnach, daß er durch die Verpfändung der Forderung gar keine Sicherheit erlangt hat. Hieraus ergibt sich, daß es rathsam ist, sich mit dem Afterpfande auch den Schuldschein, welcher über die mit dem ersten Pfande befestigte Schuld ausgestellt worden ist, übergeben zu lassen, um dadurch eine abgesonderte Verpfändung der Forderung zu verhüthen; und daß der Gläubiger, welchem eine Forderung verpfän-

---

[1] Herr Landrath Nippel behauptet in der Erläuterung des §. 454, Nr. 5: »Der Pfandgläubiger könne jemanden sein Pfand, und einem Andern seine Forderung verpfänden, da die Verpfändung der Forderung selbst durch Uebergabe des Schuldbriefes geschieht.« (Rücksichtlich der letzten Behauptung vergleiche man, was oben §. 139, S. 227 gesagt worden ist.)

det wird, nur dann Sicherheit dadurch erlange, wenn ihm die Forderung förmlich cedirt wird, weil es sonst geschehen könnte, daß die Forderung durch Afterverpfändung an einen Andern übergehe, und dadurch das Recht des Gläubigers, welchem die Forderung verpfändet worden ist, vereitelt werde.

Sehr bedenkliche Collisionen können entstehen, wenn die nähmliche Forderung auf mehreren Gütern des Schuldners versichert ist, und auf den bestellten Hypotheken After-Hypotheken erworben worden sind. Denn an und für sich kann jeder Afterpfand-Besitzer seine Befriedigung nach Maß der ihm eingeräumten Hypothek fordern, und die Schuld müßte hiernach so oft bezahlt werden, als solche Afterpfandrechte vorhanden sind. Dieser Inconvenienz kann nur dadurch vorgebeugt werden, daß die Hypothek, welche in mehreren Realitäten bestellt wird, als Gesammt-Hypothek eingetragen, d.i. bey jeder einzelnen Hypothek bemerkt werde, welche andere Güter für die nähmliche Forderung haften; dadurch wird, wie Gönner[1] bemerkt, analog mit der Personal-Correalität (§. 891), eine Real-Correalität hervorgebracht, vermöge welcher der Gläubiger zwar seine Befriedigung nach seiner Wahl aus dem Gute, aus welchem er will, der Besitzer der Hypothek aber, welcher die Zahlung geleistet hat, seinen Ersatz aus den übrigen in der Gesammt-Hypothek begriffenen Hypotheken verhältnißmäßig nach dem Werthe der einzelnen verlangen kann (§. 896). Jeder Afterpfandgläubiger eines einzelnen in einer Gesammt-Hypothek begriffenen Gutes weiß also, daß er nur auf einen Theil der Forderung, derentwegen die Gesammt-Hypothek bestellt ist, ein Recht erlange, und die Forderung kann im Ganzen nur Ein Mahl geltend gemacht werden, da sich jeder einzelne Hypothek-Besitzer mit der von einem anderen geleisteten Zahlung gegen die ihm angesonnene Bezahlung der ganzen Schuld schützen kann[2].

---

[1] Commentar des Bayerischen Hypotheken-Gesetzes, 1. Bd. S. 468.

[2] Wäre also z. B. für eine Forderung von 1000 fl. zugleich hypothecirt: a) ein Haus im Werthe von 1000 fl.; b) ein Acker im Werthe von 700 fl.; c) eine Wiese im Werthe von 300 fl.: so betrüge der Werth der Gesammt-Hypothek 2000 fl. Der Gläubiger kann

§. 145.

Wirkung der Verpfändung einer fremden Sache.

(§. 456 des b. G. B.)

»Wird eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers verpfändet, so hat dieser in der Regel zwar das Recht, sie zurück zu fordern; aber in solchen Fällen, in welchen die Eigenthumsklage gegen einen

---

auf alle diese Hypotheken, oder nach seinem Belieben auf jede einzelne, die Execution führen. Hat er z. B. den Acker im Werthe von 700 fl. in Execution genommen, und dadurch seine ganze Befriegung erhalten; so kann nun der Eigenthümer des Ackers von den Besitzern der übrigen Hypotheken verhältnißmäßig den Ersatz ansprechen. Das Verhältniß wird aber nach folgender Proportion auszumitteln seyn. Der Gesammtwerth aller Hypotheken zu dem Betrage der Forderung, wie der Werth der einzelnen Hypothek zu dem zu leistenden Beytrage. Also im gesetzten Falle:

a) 2000 : 1000 = 1000 : 500
b) 2000 : 1000 = 700 : 350
c) 2000 : 1000 = 300 : 150

1000

Das Haus haftet also einzeln genommen nur für 500 fl. Wäre also in demselben von dem Gläubiger, welcher 1000 fl. zu fordern hat, auf seine Hypothek eine After-Hypothek bestellt worden, so erlangt der After-Hypothekgläubiger nur eine Sicherheit für 500, nicht für 1000 fl. Wollte man das Gegentheil behaupten, so betrügen die After-Hypotheken, wenn auf allen drey Realitäten solche bestellt würden, zusammen 3000 fl., da doch der Pfandinhaber sein Pfand nur in so weit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden kann (§. 454). Wäre es aber bey der Hypothek auf dem Hause nicht ersichtlich gemacht, daß für die nähmliche Schuld von 1000 fl. noch zwey andere Realitäten haften; so könnte die Afterhypothek allerdings wirksam rücksichtlich des ganzen Betrages pr. 1000 fl. erworben werden, und der Eigenthümer des Hauses sonach, so wie die der vorausgesetzten Forderung pr. 1000 fl. allenfalls nachfolgenden Gläubiger, dadurch einen großen Nachtheil erleiden. S. Pratobevera's Grundzüge eines zweckmäßigen Instituts der öffentlichen Bücher, in den von ihm herausgegebenen Materialien. 8. Bd. S. 340.

redlichen Besitzer nicht Statt hat (§. 367), ist er verbunden, entweder den redlichen Pfandinhaber schadlos zu halten, oder das Pfand fahren zu lassen, und sich mit dem Ersatzrechte gegen den Verpfänder zu begnügen.«

Wird eine fremde Sache von dem Schuldner mit Einwilligung des Eigenthümers derselben verpfändet, so erhält der Gläubiger das Pfandrecht so, als ob der Schuldner seine eigene Sache verpfändet hätte. Eine Verpfändung einer fremden unbeweglichen Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers kann, in so fern diese Verpfändung durch Eintragung in die öffentlichen Bücher geschehen soll, nicht wohl vorkommen, da derjenige, von dem das dingliche Recht auf einen Andern übergehen soll, selbst schon einverleibt seyn muß (§. 432). Daher macht das Gesetz von diesem Falle nicht einmahl Erwähnung. Sollte es aber doch geschehen, daß die Hypothek von jemanden bestellt worden ist, welcher zwar als Eigenthümer in die öffentlichen Bücher eingetragen, aber doch nicht wirklicher Eigenthümer ist: so ist dadurch der bloße Besitz des Hypothekar-Rechtes erlangt, und der Gläubiger hat in einem solchen Falle bloß die mit dem Besitze verbundenen Vortheile erworben. Der Eigenthümer der Sache wird berechtiget seyn, sein Eigenthum auch gegen ihn geltend zu machen, und, wenn die Verjährung nicht entgegensteht, auf Löschung der von dem Nichteigenthümer eingeräumten Hypothek zu dringen. Dieß bestätiget selbst der §. 456, denn er macht rücksichtlich des von einem Nichteigenthümer bestellten Pfandes nur bey beweglichen Sachen eine Ausnahme, in andern Fällen bleibt es also bey der Regel des §. 442, daß niemand mehr Rechte auf einen Andern übertragen kann, als er selbst hat.

Wurde eine fremde bewegliche Sache zum Pfande gegeben, so kann der Eigenthümer dieselbe vermöge seines dinglichen Rechtes der Regel nach zurück fordern; nur in den Fällen des §. 367, d. i. wenn das Pfand in der fremden Sache von einem zum Verkehre mit solchen Sachen befugten Gewerbsmanne, oder von jemanden bestellt worden ist, dem sie der Kläger selbst anvertraut hatte (der erste Fall von der Veräußerung in einer öffentlichen Versteigerung kann hier keine Anwendung haben, weil

Pfänder nicht durch Versteigerung bestellt werden): ist das von dem Nicht-Eigenthümer bestellte Pfandrecht auch gegen den Eigenthümer der Sache wirksam. Es wäre widersprechend, wenn in solchen Fällen von einem Nicht-Eigenthümer das Eigenthum, also der Inbegriff aller über eine Sache auszuübenden Rechte, nicht aber ein einzelnes Recht rücksichtlich derselben sollte erlangt werden können. Doch muß der Pfandgläubiger redlicher Besitzer des Pfandrechtes seyn, d. h. aus wahrscheinlichen Gründen denjenigen, welcher das Pfand bestellt hat, für den Eigenthümer der verpfändeten Sache gehalten haben. Der wahre Eigenthümer muß, wenn ein solcher Fall eintritt, entweder den Pfandinhaber schadlos halten, folglich das Pfand auslösen; oder ihm eine andere, gleiche Sicherheit gewährende, Sache zum Pfande geben; oder das Pfand fahren lassen, d. i. gestatten, daß der Gläubiger aus demselben seine Befriedigung suche. In beyden Fällen bleibt aber dem Eigenthümer das Ersatzrecht gegen den Verpfänder vorbehalten, in so fern, wie dieß wohl meistens der Fall seyn wird, dieser durch ein Verschulden den dem Eigenthümer hierdurch entstandenen Schaden veranlaßt hat.

§. 146.

Umfang des Pfandrechtes rücksichtlich des Gegenstandes.

(§. 457 des b. G. B.)

»Das Pfandrecht erstreckt sich auf alle zu dem freyen Eigenthume des Verpfänders gehörige Theile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes, folglich auch auf die Früchte, in so lange sie noch nicht abgesondert oder bezogen sind.«

Durch die Verpfändung wird dem Gläubiger ein Recht auf die ganze Sache eingeräumt, folglich auf alle zu derselben gehörigen Theile, welche zu dem freyen Eigenthume des Verpfänders gehören, und zwar nicht nur auf diejenigen, welche schon zur Zeit der Verpfändung solche waren, sondern auch auf jene, welche es erst in der Folge geworden sind, z. B. durch einen Zubau. In so fern nun diese Bestandtheile solche sind, welche schon ihrer Natur nach einem Wechsel unterliegen, z. B. die einzelnen

Individuen einer Herde, oder eines Warenlagers; oder solche Bestandtheile, welche zwar an und für sich nicht zum Wechsel bestimmt sind, aber bey welchen es gerade nicht auf ein bestimmtes Individuum ankommt, z. B. einzelne Grundstücke bey einem ganzen Inbegriffe derselben: werden dem Eigenthümer solche Veräußerungen gestattet seyn, welche ohne Beeinträchtigung der Gläubiger Statt finden können, z. B. ein Tausch der Grundstücke zur Arrondirung oder zur Gränzberichtigung. Außer diesen Fällen aber können die Bestandtheile einer verpfändeten Sache nicht abgesondert veräußert werden, weil dadurch die Rechte des Gläubigers beeinträchtiget würden. Eine solche Veräußerung ist nahmentlich rücksichtlich der landtäflichen Güter verbothen [1]. Gingen einige Bestandtheile der Sache zufällig zu Grunde, z. B. durch Ueberschwemmung wurde ein Theil des Grundes, oder des Gebäudes weggerissen; so trifft dieser Verlust auch den Gläubiger in so fern, als dadurch die ihm eingeräumte Sicherstellung vermindert wird (§. 467).

Einen Bestandtheil der Sache machen auch der Zuwachs und das Zugehör der verpfändeten Sache aus, jedoch nur in so fern, als beide von der Hauptsache nicht getrennt sind. Denn wurden sie abgesondert und als eine für sich bestehende Sache veräußert, so hörten sie eben dadurch auf, ein Theil der Hauptsache zu seyn, und der Gläubiger kann gegen einen dritten Besitzer solcher Sachen, z. B. des zu einem Gute gehörig gewesenen Viehes, Getreides ꝛc., sein Recht nicht geltend machen, ausgenommen, das Zugehör bestünde in einer unbeweglichen Sache, deren Pertinenz-Eigenschaft in den öffentlichen Büchern eingetragen war; denn unter dieser Voraussetzung kann sich der Dritte nicht mit der Unwissenheit rücksichtlich des wahren Verhältnisses der Sache entschuldigen, und der Gläubiger kann sein Recht auch gegen ihn ausüben.

Unter dem Zuwachse werden in dem §. 457 insbesondere die Früchte erwähnt, weil sie vorzüglich bey der Geltendmachung der Rechte des Gläubigers in Betrachtung kommen, indem die Gläu-

---

[1] Patent vom 1. September 1798, §. 5 und 6. S. mein Handbuch 2 Bd. S. 302.

biger nicht selten durch die Beziehung derselben ihre Befriedigung zu erlangen suchen, ja sogar suchen müssen, wenn die Sache selbst, z. B. als Fideicommißgut, unveräußerlich ist. Die natürlichen Früchte machen so lange ein Zugehör der Sache aus, als sie von der fruchtbringenden Sache nicht abgesondert sind (§. 295), die Nutzungen im engeren Sinne oder die Civil-Früchte so lange, bis sie eingehoben oder bezogen sind; daher macht das Gesetz ausdrücklich von der Absonderung und Beziehung der Früchte Erwähnung. Bey den Civil-Früchten wird kein Unterschied gemacht, ob sie bereits fällig waren oder nicht, weil hier ein anderes Verhältniß eintritt, als bey dem redlichen Besitzer (§. 330); übrigens sorgt das Gesetz durch andere Verfügungen, wie bey dem Darleihen (§. 997), und bey dem Bestandvertrage (§. 1102), dafür, daß die Gläubiger durch Vorausbezahlung der Zinsen in der Verfolgung ihres Rechtes nicht zu sehr beschränkt werden.

Das Recht der Gläubiger auf die Früchte wird durch Sequestration geltend gemacht (Jos. G. O. §. 320, Galiz. §. 422). Aus dem im §. 457 aufgestellten Grundsatze, daß sich das Pfandrecht auch auf die Früchte erstreckt, ergibt sich, was das Hofdecret vom 12. Oktober 1790 [1] ausdrücklich anordnet, daß der Sequester die Interessen der auf einem Gute haftenden Capitalien nach Ordnung der Priorität abzuführen habe, weil die früheren Gläubiger auf die Nutzungen der verpfändeten Sache schon durch die Verpfändung ein Recht erlangt haben, folglich mit Hintansetzung des späteren Gläubigers berechtiget wären, auf dieselben zu greifen. Aus dem Grundsatze, daß mit der Sache zugleich auch die noch nicht abgesonderten oder bezogenen Früchte verpfändet sind, folgt auch der weitere Inhalt des §. 457: »Wenn also ein Schuldner einem Gläubiger sein Gut, und einem anderen später die Früchte desselben verpfändet; so ist die spätere Verpfändung nur in Rücksicht auf die schon abgesonderten und bezogenen Früchte wirksam.«

Diese Verfügung ist zwar nicht buchstäblich zu nehmen, denn

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 183.

da die nähmliche Sache mehreren Gläubigern verpfändet werden kann, und die spätere Verpfändung immer so weit gültig und wirksam ist, als sie die Rechte der früheren Pfandgläubiger nicht beeinträchtiget; so ist nicht zu zweifeln, daß einem späteren Gläubiger auch die noch nicht abgesonderten oder bezogenen Früchte verpfändet werden können, wenn auch einem andern das Gut überhaupt schon verpfändet ist, so wie auch die noch nicht abgesonderten und bezogenen Früchte selbst nicht nur an Einen, sondern auch an Mehrere nach einander verpfändet werden können, wie dieß wirklich bey Fideicommissen nicht selten geschieht. Die obige Anordnung kann also nur den Sinn haben, daß nur die schon abgesonderten und bezogenen Früchte frey und ohne Rücksicht auf die schon vorausgegangene Verpfändung des Gutes überhaupt zum Pfande bestellt werden können, daß aber die mit der Sache noch verbundenen Früchte einem späteren Pfandgläubiger nur in so weit haften, als der frühere sein Recht auf dieselben nicht geltend macht. Wenn also der spätere Pfandgläubiger das ihm auf die Früchte ertheilte Recht geltend machen will, und zu diesem Behufe die Sequestration z. B. im May 1832 bewirkt hat, ein früherer Hypothekar-Gläubiger aber ebenfalls z. B. im Juny darauf die Sequestration erwirkt; so wird der spätere Sequestrationswerber dem früheren vorgehen, denn sein Recht auf die Früchte war schon erworben, als ihm die Hypothek bestellt wurde, der nachfolgende Gläubiger konnte also nur in so weit ein Recht erlangen, als der frühere seines nicht ausübt. Durch die Erwirkung der Sequestration hat er es aber auszuüben angefangen, und er kann nach der Natur eines dinglichen Rechtes durch einen Dritten hierin nicht beschränkt werden, der frühere Sequestrationswerber muß also zurückstehen, und kann sein Recht nur dann wieder geltend machen, wenn der frühere Gläubiger seine Befriedigung erhalten hat, oder allenfalls von der Ausübung seines Rechtes abgestanden ist.

Die auf die abgesonderten oder bezogenen Früchte erwirkte Pfändung bleibt aber auch gegen spätere Sequestrationen wirksam, daher wurde auf die Anfrage: »ob die wegen Steuer-Rückständen verhängte politische Sequestration sich auch auf früher gerichtlich gepfändete Fahrnisse erstrecke? entschieden: daß

auf das im Wege der gerichtlichen Execution gepfändete beweg=liche Vermögen des mit Steuern rückständigen Gutsbesitzers, po=litischer Seits, als auf eine durch den gerichtlichen Act schon außer der Disposition des Eigenthümers gebrachte Sache, nicht gegriffen werden kann«[1]. Nach der Natur des Pfandrechtes muß dieß auch von den freywillig verpfändeten Fahrnissen gelten, da der Titel zum Pfandrechte in den Wirkungen desselben keinen wesentlichen Unterschied macht.

§. 147.

Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers: A. Vor der Verfalls=zeit der Forderung, und zwar 1. wenn das Pfand als unzureichend erscheint.

(§. 458 des b. G. B.)

Der Gläubiger muß sich der Regel nach mit dem Pfande be=gnügen, welches ihm eingeräumt worden ist, denn die Wirkung erstreckt sich nicht weiter als der Grund derselben. Dieß gilt selbst dann, wenn das Pfand zur Bedeckung der Forderung offenbar unzureichend ist; denn hat der Gläubiger sich ursprünglich mit einer geringeren Sicherstellung begnügt, so bleibt sein Recht auf dieselbe eingeschränkt, da ihm der Titel zu einer andern mangelt. Erlitt die verpfändete Sache zufällig eine Verminderung ihres Werthes, in Folge deren sie zur Deckung der Forderung nicht zureicht; so muß auch der Gläubiger einen solchen Zufall in so fern tragen, als er auf die Verminderung seiner Rechte einfließt (§. 467). Nur zwey Fälle gibt es, in welchen der Gläubiger ver=möge des ihm schon bestellten Pfandrechtes ein anderes Pfand zu fordern berechtiget ist. Diese Fälle enthält der §. 458 in fol=genden Worten: »Wenn der Werth eines Pfandes durch Ver=schulden des Pfandgebers, oder wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend gefunden wird; so ist der Gläubiger berechtigt, von dem Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu fordern.«

---

[1] Hofkanzleydecret vom 2. Sept. 1824. Just. Gesetze, S. 266, Nr. 2039.

Der erste Fall ist also, wenn das Pfand durch Verschulden des Pfandgebers unzureichend geworden ist; dieß kann vorzüglich bey Hypotheken, nicht leicht aber bey einem Handpfande, geschehen, denn jene befinden sich in dem Besitze und der Verwaltung des Schuldners, dieses aber in der Verwahrung des Gläubigers. Hypotheken können daher durch eine nachlässige Verwaltung, z. B. wenn der Eigenthümer die Gebäude verfallen, die Aecker ungebauet, Holz gegen die Forstordnung fällen läßt, und dergl.; oder auch wenn er sie mit Dienstbarkeiten oder andern Real-Lasten, welche den Ertrag des Gutes vermindern, beschwert, sehr an ihrem Werthe verlieren. In so fern der Gläubiger eine solche Verschlimmerung erst befürchtet, kann er derselben durch eine mittlerweilige Vorkehruug (Sequestration), nach den Vorschriften der Ger. Ord. (Jos. §. 293, Galiz. §. 388) vorbeugen. Ist aber die Verminderung bereits geschehen, so kann der Gläubiger ein anderes angemessenes Pfand fordern, oder das ihm schon zustehende Pfand ausdehnen. Das Mittel, dieses Recht geltend zu machen, besteht ordentlicher Weise darin, daß er den Schuldner auf Bestellung eines anderen angemessenen Pfandes belange, und dann in Folge des zu seinen Gunsten gefällten Urtheils, die gerichtliche Pfändung in dem beweglichen Vermögen, oder die Eintragung des Urtheils auf ein anderes unbewegliches Gut des Schuldners bewirke; da aber in einem solchen Falle oft Gefahr auf dem Verzuge, und es darum zu thun ist, damit dem Gläubiger niemand ein Vorrecht abgewinne; so wird er, wenn er eine glaubwürdige Urkunde zum Beweise seiner Forderung beyzubringen im Stande ist, auch berechtiget seyn, sogleich die Pränotation anzusuchen, und dieselbe durch den Beweis der Unzulänglichkeit des ihm eingeräumten Pfandes zu rechtfertigen. Das Landtafel-Patent für Böhmen und Mähren gestattet nahmentlich auf diese Weise (§. 13) die Ausdehnung der Hypothek.

Der zweyte Fall, wo der Gläubiger ohne Bewilligung des Schuldners ein besseres Pfand anzusprechen berechtiget ist, ist dann vorhanden, wenn das gegebene Pfand wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend gefunden wird. Dieß ist eigentlich ein Fall der Gewährleistung, denn wer einer Sache Eigenschaften

beylegt, die sie nicht hat, und die ausdrücklich oder vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden sind, der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, und die Sache auf eine entgeldliche Art überlassen worden ist, dafür zu haften (§. 923); nun ist der Pfandvertrag ein zweyseitig verbindlicher oder entgeldlicher Vertrag; der Gläubiger muß also Gewähr leisten, daß die Sache jene Sicherheit verschaffe, welche sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß leisten soll (§. 922); der Gläubiger ist also, wenn das Gegentheil offenbar wird, berechtiget, die Hebung des Mangels, welcher das Recht zur Gewährleistung begründet, durch Bestellung eines andern angemessenen Pfandes, oder, wenn ein solches nicht bestellt werden könnte, die gänzliche Aufhebung des Vertrages, folglich auch die Bezahlung der Schuld, wenn das Geld nur unter der Bedingung einer hinlänglichen Sicherheit dargeliehen worden wäre, zu verlangen (§. 932).

Der Gläubiger ist aber in jedem Falle nur ein anderes angemessenes Pfand anzusprechen berechtigt; welches nun ein solches sey, bestimmt der §. 1374, nähmlich das Pfand ist dann zureichend, wenn ein Haus nicht über die Hälfte, ein Grundstück oder eine bewegliche Sache aber nicht über zwey Drittheile des durch Schätzung bestimmten Werthes belastet ist.

In dem bürgerl. Gesetzbuche für Galizien folgte nach der im obigen Paragraphe enthaltenen Anordnung (2. Thl. §. 239) nachstehende Verfügung: »Hat der Schuldner aus Irrthum oder Uebereilung ein übermäßiges Pfand gegeben; so steht es ihm frey eine andere, aber angemessene Sicherheit zu leisten.« In dem gegenwärtigen Gesetzbuche ist diese Verfügung wahrscheinlich aus dem Grunde weggelassen worden, weil der Fall derselben nicht leicht vorkommt. Wäre aber wirklich aus Irrthum ein unverhältnißmäßiges Pfand gegeben worden, weil man z. B. nicht wußte, daß der Stein eines verpfändeten Ringes echt sey; so kämen, wie auch Zeiller[1] bemerkt, die Grundsätze von dem Irrthume bey Verträgen überhaupt (§. 871—875) zur Anwendung.

---

[1] Commentar zu dem §. 453. Z. 4.

§. 148.

2. Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers rücksichtlich der Aufbewahrung und des Zufalls.

(§§. 459 und 460 des b. G. B.)

»Ohne Bewilligung des Pfandgebers darf der Gläubiger das Pfandstück nicht benützen; er muß es vielmehr genau bewahren, und wenn es durch sein Verschulden in Verlust geräth, dafür haften. Geht es ohne sein Verschulden verloren, so verliert er deßwegen seine Forderung nicht.«

Der Zweck der Sicherstellung fordert nicht die Benützung der verpfändeten Sache, vielmehr könnte die Benützung leicht Veranlassung geben, daß der Werth der Sache vermindert werde, oder dieselbe ganz verloren gehe, daher gestattet sie das Gesetz nicht ohne besondere Bewilligung des Pfandgebers. Ja, selbst mit dessen Bewilligung kann sie dem Gläubiger nur in einer beweglichen Sache eingeräumt werden, was sowohl aus dem Ausdrucke: »Pfandstück,« als dem ganzen Zusammenhange dieses Paragraphs erhellt, indem eine Sache vorausgesetzt wird, welche sich in der Gewahrsame des Pfandgläubigers befindet.

Die dem Gläubiger eingeräumte Benützung muß eine solche seyn, welche in dem Gebrauche der Sache besteht, ohne aus derselben Nutzungen zu ziehen; denn wäre das Letzte, so ginge sie in eine Fruchtnießung über, welche nach dem §. 1372 dem Gläubiger nicht zugestanden werden darf. Es kann also dem Gläubiger gestattet werden, daß er z. B. das verpfändete Buch lese, den verpfändeten Ring trage, u. dgl.; aber es geht nicht an, ihm die Milch der verpfändeten Kuh zu überlassen, oder zu erlauben, daß er die verpfändete Sache Anderen gegen Entgeld zum Gebrauche einräume ꝛc., denn der §. 1372 gestattet die Benützung nur in so fern, als sie keine Fruchtnießung, und dem Schuldner unschädlich ist, d. h. den Nutzen, den er sonst aus der Sache zu ziehen pflegte, nicht verhindert.

Der Pfandgläubiger hat die Pflicht, die verpfändete Sache genau zu verwahren, er haftet daher für den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, aber nicht für den Zufall, außer es wäre ein solcher, der wenig-

stens mittelbar durch seine eigene Handlung veranlaßt worden ist. Dieß wäre der Fall, wenn er die Sache weiter verpfändet hat, und dieselbe bey dem Afterpfandgläubiger durch Zufall einen Schaden gelitten hat, welcher sie bey dem ersten Pfandgläubiger nicht getroffen haben würde. Daher die Verfügung des §. 460: »Hat der Gläubiger das Pfand weiter verpfändet, so haftet er selbst für einen solchen Zufall, wodurch das Pfand bey ihm nicht zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden wäre.« Dadurch wird zugleich die dem Pfandgläubiger in dem §. 454 allgemein zugestandene Befugniß zur Afterverpfändung in die gehörigen Schranken zurückgeführt, und verhüthet, daß es nicht zum Nachtheile des Eigenthümers des Pfandes ausgeübt werden kann.

Durch den Untergang des Pfandes wird, er mag ein zufälliger oder ein verschuldeter seyn, das Recht der Forderung nicht aufgehoben, da das Hauptrecht ohne Nebenrecht bestehen kann. Das Gesetz erwähnt dieß aber insbesondere von dem Falle, wo das Pfand ohne Verschulden des Gläubigers verloren geht, weil es scheinen könnte, daß der Gläubiger in diesem Falle durch den Zufall ebenfalls betroffen werde, und darum auf seine Forderung Verzicht leisten müsse. Allein ein bloßer Zufall trifft nur denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat (§. 1311), folglich in dem vorausgesetzten Falle den Eigenthümer des Pfandes; den Pfandgläubiger aber nur in so weit, als er dadurch seiner Sicherstellung verlustig geworden ist. Wie der Pfandgläubiger für sein Verschulden zu haften habe, ist nach den Regeln des dreyßigsten Hauptstückes, vom Schadenersatze zu bestimmen. Diese Haftung kann allerdings so weit gehen, daß dadurch die ganze Forderung erschöpft, ja sogar überschritten wird, da der Werth des Pfandes die Forderung gewöhnlich übersteigt.

§. 149.

B. Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers nach der Verfallszeit der Forderung.

(§. 461 des b. G. B.)

»Wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimm-

ten Zeit nicht befriediget, so ist er befugt, die Feilbiethung des Pfandes gerichtlich zu verlangen, Das Gericht hat dabey nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren.«

Die volle Wirkung des Pfandrechtes tritt dem Zwecke desselben gemäß ein, wenn der Gläubiger zur gehörigen Zeit seine Befriedigung nicht erhält, denn nun ist das bestellte Pfand das Mittel, durch welches der Gläubiger ganz oder wenigstens zum Theile seine Befriedigung erlangt. Doch darf er sich dieselbe nicht eigenmächtig verschaffen, also das Pfand sich weder zueignen, noch es willkürlich, oder um einen schon im voraus bestimmten Preis veräußern, selbst wenn dieß ausdrücklich bedungen worden wäre, denn alle dergleichen Verabredungen sind ungültig (§. 1371); er muß also die Feilbiethung des Pfandes nach den Vorschriften der Gerichtsordnung, d. i. im Wege der Execution bewirken. Die Execution kann aber außer einigen durch die Gesetze nahmentlich bestimmten Fällen (deren Erörterung in die Gerichtsordnung gehört) nur über einen gerichtlichen Spruch, d. i. ein rechtskräftiges Endurtheil, oder einen gerichtlichen Vertrag (eigentlich, gerichtlichen Vergleich) ertheilt werden [1]. Der Gläubiger, welcher die Feilbiethung des Pfandes bewirken will, muß also der Regel nach seinen Schuldner auf Anerkennung der Schuld und Abführung des schuldigen Betrages belangen. Denn wenn auch die zum Beweise der Forderung beygebrachte Urkunde vollen Glauben verdiente, und als solche von dem Schuldner anerkannt worden wäre; so müßte doch die Erledigung der Klage durch Urtheil oder gerichtlichen Vergleich geschehen [2], und ein außergerichtlicher, wie immer gearteter Vertrag kann, wenn er auch in die Landtafel, Stadt- oder Grundbücher einverleibt ist, niemahls im Sinne der Gerichtsordnung als ein gerichtlicher Vertrag angesehen werden [3].

---

[1] Jos. Ger. Ordn. §. 298, Galiz. §. 396.

[2] Hofdecret vom 21. September 1792, lit. b. Just. Ges. S. 26, Nr. 48.

[3] Hofdecret vom 22. Junius 1805. S. mein Handbuch 3. Bd. S. 10. Hiernach erscheint die Behauptung Nippel's in seinen Erläute-

Der Regel nach hat die Execution, durch welche der Gläubiger wegen einer Geldforderung aus dem Vermögen seines Schuldners seine Befriedigung zu erhalten sucht, drey Grade, nähmlich: die Pfändung, die Schätzung und die Feilbiethung. Wenn aber die Execution auf eine Sache geführt wird, auf welche dem Gläubiger das Pfandrecht bereits zusteht, so beginnt die Execution gleich mit der Schätzung, nur muß, wenn die Execution auf ein unbewegliches Gut, auf welchem die Schuldurkunde wegen Erwerbung des Hypothekar-Rechtes schon eingetragen worden ist, geführt werden soll, das auf Abführung dieser Schuld gefällte rechtskräftige Urtheil ebenfalls in die öffentlichen Bücher eingetragen werden, um mit der Execution dann weiter fortschreiten zu können [1]. Dieß geschieht aber nur der Evidenz wegen, damit auch aus den öffentlichen Büchern ersichtlich sey, daß die Schuld gerichtlich als richtig anerkannt, und zur Execution geeignet ist; denn das Pfandrecht wurde schon durch die gehörige Eintragung der Schuldurkunde erlangt, und ist in anderen Rücksichten auch von jener Zeit an wirksam.

Die genaueren Bestimmungen, wie die gerichtliche Schätzung und Feilbiethung vorzunehmen ist, enthält die Gerichtsordnung [2].

---

rungen zu dem §. 461, Nr. 4. daß, wenn sich das Handpfand in den Händen des Gläubigers befindet, es nicht nöthig sey, daß dieser vorerst seine Forderung im ordentlichen Rechtswege erweise, ganz unhaltbar, und das Argument: daß man sonst aus gleichem Grunde denjenigen, welcher die Feilbiethung seiner eigenen Sache ansucht, zuerst zur Liquidirung seines Eigenthums verhalten müßte, beweist nichts, weil das Verhältniß dessen, der eine Sache als die seinige angibt, und dessen, der sie nur als eine verpfändete veräußern lassen will, ganz verschieden ist; jener kann als Eigenthümer, für den man ihn seiner Angabe nach zu halten genöthiget ist, mit der Sache frey verfügen; dieser gesteht selbst ein, daß die Sache, deren Veräußerung er begehrt, eine fremde ist, er kann also nur im Executionswege die Feilbiethung derselben bewirken, und, um diesen Weg einschlagen zu können, muß die Liquidirung der Forderung nothwendig vorausgehen.

[1] Hofdecret vom 12. October 1790, lit. b. Just Ges. S. 47. Nr. 65.

[2] S. mein Handb. 2. Bd. S. 184.

§. 150.

In wie fern den Pfandgläubigern das Einlösungsrecht zustehe.

(§. 462 des b. G. B.)

Der Regel nach ist kein Dritter berechtiget, dem Gläubiger ohne Einwilligung des Schuldners die Zahlung aufzudringen (§. 1423); von dieser Regel macht aber das Gesetz rücksichtlich der Pfandgläubiger eine Ausnahme, indem es im §. 462 heißt: »Vor der Feilbiethung des Gutes ist jedem darauf eingetragenen Pfandgläubiger die Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbiethung angesucht worden, zu gestatten.«

Der Grund dieser Anordnung liegt in der Absicht, den Real-Credit aufrecht zu erhalten, denn ohne dieses Einlösungsrecht könnte es leicht geschehen, daß die verpfändete Sache um einen so geringen Preis hintangegeben werde, daß aus demselben zwar der erste oder zweyte Pfandgläubiger befriediget würde, die übrigen aber mit ihren Forderungen durchfielen, indem nach einer gerichtlichen Versteigerung die von dem Käufer nicht übernommenen Hypotheken der gerichtlichen versteigerten Sache gelöscht werden müssen. Der Gläubiger, welcher das Einlösungsrecht ausübt, tritt rücksichtlich der geleisteten Zahlung an die Stelle des befriedigten Gläubigers (§. 1423), und kann nun dem Schuldner nach Belieben Fristen zur Bezahlung zugestehen, und die Execution auf günstigere Umstände verschieben, wodurch es ihm möglich wird, die Befriedigung auch hinsichtlich seiner eigenen Forderung zu erlangen.

Der Regel nach wird nur ein späterer Gläubiger in Ansehung des früheren das Einlösungsrecht auszuüben veranlaßt seyn; da aber das Gesetz ausdrücklich jedem eingetragenen Pfandgläubiger das Einlösungsrecht gestattet, so kann um so weniger in Beziehung auf den früheren Pfandgläubiger ein Bedenken obwalten, als diese Einlösung fremden Rechten durchaus nicht schadet, denn der exequirende Gläubiger erlangt dadurch seine volle Befriedigung, in dem Verhältnisse der übrigen Pfandgläubiger aber wird nichts geändert. Es kann aber auch einem früheren Gläubiger, z. B. als Verwandten, als künftigen Erben u. dgl.

daran gelegen seyn, zu verhüthen, daß die in der Execution befindliche Sache nicht um einen zu geringen Preis hintangegeben werde.

Hingegen steht dieses Einlösungsrecht den Pfandgläubigern rücksichtlich eines Pfandes in engerer Bedeutung nicht zu, denn das Gesetz spricht nur von den auf einem Gute eingetragenen Gläubigern; wenn nun gleich das Wort: Gut, gleichbedeutend, mit dem Worte: Sache, genommen würde, so paßt doch der Ausdruck: »darauf eingetragene Pfandgläubiger« nur auf Hypothekar-, nicht aber auf Pfandgläubiger im engeren Sinne. Bestehen auch irgendwo, wie Herr Landrath Nippel voraussetzt [1], eigene Pfändungs-Protokolle, d. h. Protokolle, in welchen die bewilligten oder vorgenommenen Pfändungen eingetragen werden; so können sie nur zur Erleichterung der Manipulation, nicht aber zu dem Zwecke, um durch die Eintragung in dieselben dingliche Rechte zu erwerben, eingeführt seyn, da ihnen in keinem Gesetze diese Wirkung beygelegt wird. Es finden auch bey beweglichen Sachen ganz andere Verhältnisse Statt als bey unbeweglichen, denn erstens kann eine bewegliche Sache nicht leicht zugleich an Mehrere verpfändet werden, da die Erwerbung des Pfandrechtes die Uebergabe der Sache an den Pfandgläubiger voraussetzt; nur bey der gerichlichen Pfändung kann dieser Fall leichter vorkommen: allein darin liegt noch kein zureichender Grund, für einen solchen seltenen Fall eine besondere Vorsehung zu treffen. Ferner ist es rücksichtlich der Feilbiethung einer beweglichen Sache nicht so, wie bey den Hypotheken [2], vorgeschrieben, die Pfandgläubiger insbesondere davon zu verständigen; sie haben also bey einer beweglichen Sache nicht so leicht Gelegenheit, von dem vorausgesetzten Einlösungsrechte Gebrauch zu machen. Endlich haben bewegliche Sachen der Regel nach nicht den Werth und die Wichtigkeit, wie unbewegliche; der Gläubiger, welcher sich durch die Veräußerung eines Pfandstückes gefährdet glaubt, kann daher dadurch dem besorgten Schaden vorbeugen, daß er selbst die Sache bey der Versteigerung an sich

---

[1] In seinen Erläuterungen zu dem §. 462, Nr. 4.

[2] Hofdecret vom 20 Julius 1810. Just. Ges. S. 207. Nr. 906.

bringt, oder den exequirenden Gläubiger mit Einverständniß des Schuldners befriediget, was bey Hypotheken nicht so leicht angeht, da die Forderung des exequirenden Gläubigers vielleicht nur einen kleinen Theil des Schätzungswerthes der Hypothek ausmacht.

Daraus, daß der Gesetzgeber den Pfandgläubigern im engeren Sinne das Einlösungsrecht nicht ausdrücklich abspricht, darf man nicht schließen, daß er es ihnen stillschweigend zugesteht; denn das Einlösungsrecht der eingetragenen Pfandgläubiger ist eine Ausnahme von der sonst allgemein geltenden Regel des §. 1423, Ausnahmen dürfen aber nicht erweitert, oder analogisch angewendet werden.

Die Ausübung des Einlösungsrechtes setzt übrigens nach dem §. 462 voraus: 1. daß die Feilbiethung der Hypothek von einem der Pfandgläubiger im Wege der Execution bewirkt worden ist, denn dadurch ist zugleich dargethan, daß die Schuld bereits verfallen ist, und der Gläubiger die Bezahlung annehmen will, vor dem Verfallstage ist er sie aber anzunehmen nicht schuldig (§. 1413), und wider seinen Willen kann ihm der Regel nach die Zahlung nicht aufgedrungen werden (§. 1423). 2. Muß das Einlösungsrecht vor der Feilbiethung des Gutes ausgeübt werden, denn hat die Feilbiethung einmahl begonnen, d. h. ist der Verkaufspreis schon ausgerufen worden, und sind Kauflustige vorhanden; so tritt das Recht mitzubiethen, d. i. eigentlich die Befugniß, das durch den Ausruf gemachte Versprechen anzunehmen, in Wirksamkeit, und die Sache muß dann dem Meistbiethenden überlassen werden. 3. Liegt im Begriffe der Einlösung, daß der exequirende Gläubiger, sowohl rücksichtlich der Hauptforderung, als der Nebengebühren alles das erhalte, was er von dem Schuldner anzusprechen berechtiget war. Wollte der exequirende Gläubiger die Bezahlung nicht annehmen; so wäre der einlösende zur gerichtlichen Hinterlegung derselben berechtiget (§. 1425).

Wollten mehrere der auf dem Gute eingetragenen Pfandgläubiger das Einlösungsrecht ausüben, so scheint, da hier der Rang der Hypotheken keinen Einfluß haben kann, die Prävention

zu entscheiden [1]. Sollte der einlösende Gläubiger die Execution fortsetzen, oder später zu derselben schreiten; so steht ohnehin den übrigen Hypothekar-Gläubigern, welche hieraus einen Nachtheil besorgen, das nähmliche Recht gegen ihn zu, welches er früher gegen einen andern Gläubiger geltend gemacht hat.

§. 151.

Rechte des Schuldners hinsichtlich der gerichtlichen Feilbiethung des Pfandes.

(§§. 463 und 464 des b. G. B.)

Der Schuldner, gegen welchen die Feilbiethung des Pfandes bewirkt wurde, hat allerdings wichtige Gründe, zu wünschen, daß die zum Verkaufe ausgesetzte Sache so theuer, als möglich, an Mann gebracht werde, denn je mehr dafür gelöst wird, desto mehrere können dadurch von den darauf haftenden Schulden getilgt werden, und was nach Bezahlung der Schulden übrig bleibt, wird ihm hinausgezahlt. Es dürfte daher scheinen, daß ihm das Mitbiethen gestattet seyn müsse, und es auch zum Vortheile der Gläubiger gereiche, wenn dadurch der Verkaufspreis höher gebracht würde. Allein da es auch leicht geschehen könnte, daß der mitbiethende Schuldner der Meistbiethende bliebe, und er dann den angebothenen Preis aufzubringen nicht im Stande wäre, folglich die Execution dadurch vereitelt würde; so verordnet der §. 463: »Schuldner haben kein Recht, bey Versteigerung einer von ihnen verpfändeten Sache mitzubiethen.«

Diese Anordnung ist, um das Recht des Gläubigers, zu seiner Befriedigung zu gelangen, nicht zu vereiteln, nothwendig, und der Schuldner muß sich dieselbe gefallen lassen; denn wäre er den exequirenden Gläubiger zu befriedigen im Stande, so könnte er die Feilbiethung noch in dem Augenblicke, als sie vorgenommen werden soll, sistiren; kann er dieß aber nicht, so wäre es ungerecht für den Gläubiger, wenn seine Befriedigung noch länger verschoben, und dadurch sein Recht vielleicht ganz vereitelt würde.

---

[1] Gönner, Commentar des Bayerischen Hypotheken-Gesetzes, 1. B. S. 512.

Die Verfügung des §. 464: »Wird der Schuldbetrag aus dem Pfande nicht gelöset, so ersetzt der Schuldner das Fehlende; ihm fällt aber auch das zu, was über den Schuldbetrag gelöset wird,« ergibt sich aus der Natur der Sache, denn das Pfand soll zwar ein Mittel seyn, dem Gläubiger zu seiner Befriedigung zu verhelfen, aber wenn er sie dadurch nicht erlangt, so bleibt noch immer sein persönliches Recht gegen den Schuldner wirksam, vermöge dessen er seine ganze Befriedigung anzusprechen berechtiget ist. Hingegen geht auch sein Pfandrecht nicht weiter, als das Recht der Forderung, er hat also keinen Anspruch auf das, was über den Betrag derselben aus dem Pfande gelöset wurde; dieser Mehrbetrag kommt also den übrigen Pfandgläubigern, und wenn solche nicht vorhanden sind, dem Schuldner zu Guten.

§. 152.

Recht des Pfandgläubigers, auf ein anderes Vermögen seines Schuldners zu greifen.

(§. 465 des b. G. B.)

»In wie fern ein Pfandgläubiger sich an sein Pfand zu halten schuldig, oder, auf ein anderes Vermögen seines Schuldners zu greifen berechtigt sey, bestimmt die Gerichtsordnung.«

Der §. 411 der Galizischen und der §. 311 der Josephinischen Gerichtsordnung in Verbindung mit der Resolution vom 14. Junius 1784, lit. aa, bestimmen, daß der Gläubiger in der Execution nicht auf das ihm bestellte Pfand beschränkt ist, sondern sie auch auf andere Sachen seines Schuldners führen kann. Der Grund hievon liegt darin, daß der Gläubiger durch das rechtskräftige Urtheil oder den gerichtlichen Vergleich einen neuen Titel zum Pfandrechte erhalten hat, vermittelst dessen er im Wege der Execution das Pfandrecht sowohl in dem beweglichen als unbeweglichen Vermögen seines Schuldners erwirken kann, wenn ihm auch früher ein Pfandrecht gar nicht eingeräumt war; durch die Bestellung eines Pfandes wollte sich aber der Gläubiger eine grö-

ßere Sicherheit verschaffen, keineswegs aber auf das jedem Gläubiger zustehende Recht Verzicht leisten.

§. 153.

Recht des Pfandgläubigers gegen den Eigenthümer der verpfändeten Sache.

(§. 466 des b. G. B.)

Da dem Pfandgläubiger die verpfändete Sache nur zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt ist; so bleibt dem Eigenthümer übrigens die Verfügung mit derselben frey, er kann sie also auch veräußern, d. i. das Eigenthum derselben auf einen Andern übertragen. Jedoch kann durch eine solche Veräußerung in den Rechten des Gläubigers im Wesentlichen nichts geändert werden, daher heißt es im §. 466: »Hat der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Andern übertragen; so steht dem Gläubiger frey, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen.« Die Veräußerung hat also nur die Folge, daß die vorher nur gegen Eine Person zustehenden Rechte nun gegen zwey verschiedene Personen ausgeübt werden, nähmlich: das persönliche Recht der Forderung gegen die dadurch verbundene Person, den Schuldner; das dingliche Recht des Pfandes aber gegen den jetzigen Eigenthümer der verpfändeten Sache. Will sich der Gläubiger begnügen, sein persönliches Recht gegen den Schuldner auszuüben, und erhält er dadurch seine Befriedigung, so hört auch das accessorische Recht des Pfandes auf (§. 469), und der Eigenthümer des Pfandes ist dadurch von der dem Pfandrechte entsprechenden Verpflichtung befreyt. Erlangt aber der Gläubiger auf diese Art seine Befriedigung nicht, oder will er, weil er vielleicht voraussieht, daß seine Klage gegen den Schuldner, z. B. wegen Abwesenheit desselben, mit vielen Weitläufigkeiten verbunden wäre, seine Befriedigung vermittelst des dinglichen Rechtes bewirken, so kann er sein Recht gegen den Eigenthümer des Pfandes geltend machen. Das gewöhnliche Mittel, Rechte geltend zu machen ist eine Klage, man wird also eine solche auch dem Pfandgläubiger nicht ver-

sagen können. Doch geht diese Klage nicht geradezu auf die Bezahlung der Schuld, sondern sie muß dahin gestellt werden, daß der Eigenthümer des Pfandes die Execution in der verpfändeten Sache gestatten müsse, oder, wenn er das nicht will, den Gläubiger zu befriedigen schuldig sey. Da das Pfandrecht nur ein accessorisches Recht ist, und nur in so fern bestehen kann, als es sich auf eine gültige Forderung bezieht (§. 449); so wird der Kläger auch diese zu erweisen haben, und sein Stand in dieser Beziehung allerdings schwierig seyn; allein unmöglich ist denn doch dieser Beweis auch gegen einen Dritten nicht, und die Zulässigkeit dieser Klage läßt sich auch aus diesem Gesichtspuncte nicht läugnen.

Hat der Gläubiger gegen den Schuldner bereits ein Urtheil erwirkt, durch welches die Richtigkeit der Forderung anerkannt wird; so kann er, wenn dieses in Rechtskraft übergegangen ist, sogleich rücksichtlich der verpfändeten Sache zur Execution schreiten, folglich, wenn die Sache beweglich ist, die Schätzung derselben ansuchen, wenn sie aber unbeweglich ist, die Eintragung des Urtheils auf die Hypothek verlangen. Dem steht nicht entgegen, daß der Schuldner nicht mehr an der Gewähr steht, denn der exequirende Gläubiger erwirbt, wie bereits oben (§. 149, S. 250) bemerkt worden ist, durch diese Eintragung nicht ein neues Pfandrecht, sondern übt nur das bereits erworbene auf der ihm verhafteten Sache aus. Daher streitet auch der §. 322 der Josephin. Ger. Ordn. nicht gegen die obige Behauptung, wie Herr Landrath Nippel[1] glaubt; der erwähnte §. handelt nähmlich von dem Falle, wo das Hypothekar-Recht in Folge des richterlichen Urtheils oder gerichtlichen Vergleichs erst erworben werden soll, wo also ein bloßer Titel zum Pfandrechte vorhanden ist, der dann freylich nur gegen denjenigen wirksam seyn kann, gegen welchen er erworben wurde[2].

---

[1] Erläuterungen zu dem §. 466. Nr. 4.

[2] S. den Rechtsfall und die Bemerkungen von Hrn. L. v. Sonnleithner, in Wagner's Zeitschrift. J. 1832, 2. Heft, S. 43, und den darauf folgenden Aufsatz des Hrn. Professors Neumann, S. 72.

Daß der Eigenthümer des Pfandes dem Gläubiger nicht weiter für seine Forderung hafte, als der Werth des Pfandes dazu hinreicht, folgt aus der Natur des Pfandrechtes, vermöge dessen der Pfandgläubiger gegen den Eigenthümer des Pfandes nur ein Recht rücksichtlich der verhafteten Sache, nicht aber des Vermögens überhaupt erlangt hat. Wenn es also im §. 466 heißt: der Gläubiger könne zuerst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache suchen, so wird hier ein Fall vorausgesetzt, wie er gewöhnlich vorkommt, nähmlich, daß schon die Personal-Klage hinreicht, um wenigstens einen Theil der Bezahlung zu erhalten, der Pfandbesitzer dann nur den Rest der Schuld zu berichtigen hat, und der Gläubiger auf diese Art zu seiner vollen Befriedigung gelangt, weil er durch das Pfand hinlänglich gedeckt ist. Aber die angeführten Worte können weder in dem Sinne genommen werden, daß der Gläubiger nothwendig den Schuldner zuerst belangen müsse; noch auch in dem Verstande, daß der Gläubiger, wenn er zuerst den Schuldner belangt, und dann sein Recht auf die verpfändete Sache geltend macht, auf jeden Fall verlangen könne, daß ihm der Eigenthümer des Pfandes die volle Befriedigung leiste, denn dieser ist von aller Haftung frey, wenn er die verpfändete Sache dem Pfandgläubiger überläßt. Indessen kann es durch Nebenverträge bewirkt werden, daß der Eigenthümer der Hypothek dem Pfandgläubiger auch mit seinem eigenen Vermögen haften müsse, allein davon ist hier nicht zu handeln, weil hier bloß die Rechte erwähnt werden sollen, welche dem Gläubiger aus dem Pfandrechte zustehen.

§. 154.

Erlöschungsarten des Pfandrechtes, ohne Aufhören der Forderung.

(§§. 467 und 468 des b. G. B.)

Das Pfandrecht kann entweder als ein eigenes, für sich

---

[1] S. die Abhandlung des Herrn k. k. Raths Schuster: Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstückes den Hypothekar-Gläubigern persönlich verpflichtet?

betrachtetes Recht, erlöschen, oder es erlischt als ein accessorisches Recht in Folge des Aufhörens des Hauptrechtes.

Von dem Erlöschen des Pfandrechtes für sich handeln die §§. 467 und 468; jener lautet: »Wenn die verpfändete Sache zerstört wird; wenn sich der Gläubiger seines Rechtes darauf gesetzmäßig begibt; oder, wenn er sie dem Schuldner ohne Vorbehalt zurückstellt; so erlischt zwar das Pfandrecht, aber die Schuldforderung besteht noch.«

1. Muß das Pfandrecht durch die Zerstörung der Sache aufhören, weil es ein auf einer bestimmten Sache haftendes Recht ist, welches nicht fortdauern kann, wenn der Gegenstand desselben mangelt. Die Zerstörung muß aber eine gänzliche seyn, wenn das Pfandrecht dadurch völlig aufhören soll; denn geschah sie nur theilweise, so dauert das Recht noch in so fern fort, als noch ein Gegenstand desselben vorhanden ist. Wenn daher Gebäude, Pflanzen oder überhaupt das, was mit Grund und Boden in Verbindung steht, zerstört wird, so haftet das Recht noch immer auf dem Grunde; wird also auf demselben ein neues Gebäude oder eine neue Pflanzung hergestellt, so erstreckt sich das Pfandrecht auch darauf, weil sie Zugehör des Bodens sind (§. 297). Das Pfandrecht haftet aber nicht auf den Bestandtheilen einer unbeweglichen Sache, welche durch die Trennung bewegliche Sachen geworden sind, z. B. nicht auf Oefen, Thüren oder Fenstern, welche einzeln veräußert worden sind; eben so wenig auf dem Werthe, der für die zu Grunde gegangene Sache entrichtet wird, daher, ohne besondere positive Anordnung nicht auf dem Entschädigungsbetrage, welchen der Eigenthümer von einer Assecuranz-Anstalt für den abgebrannten Theil eines Hauses erhält. Aus Rücksichten der Billigkeit und des öffentlichen Interesse wurde aber durch a. h. Entschließung vom 29. May 1828 angeordnet: »daß die den Inhabern assecurirter Gebäude von den Feuer-Assecuranz-Anstalten zu leistenden Brandschadens-Vergütungen künftig weder durch Cessionen, noch durch gerichtliche Verbothe und Executionsführungen ihrem Zwecke zur Wiederherstellung der durch Feuer beschädigten Gebäude entzogen werden dürfen[1]. Durch diese Anordnung wird

[1] Hofkanzleydecret vom 5. Junius 1828. Pol. Ges. 56. Bd. S. 140, an

die Sicherheit der Hypothekar-Gläubiger allerdings vermehrt, da durch die Wiederherstellung des Gebäudes die Hypothek in einem unverminderten Werthe erhalten wird.

2. Erlischt das Pfandrecht, wenn sich der Gläubiger seines Rechtes darauf gesetzmäßig begibt. Dieß kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen; stillschweigend geschieht es dann, wenn er die verpfändete Sache dem Schuldner ohne Vorbehalt zurückstellt. In dieser Zurückstellung liegt eine stillschweigende Begebung des Rechtes, weil bey einem Pfande im engeren Sinne die Sicherheit des Gläubigers vorzüglich darauf beruht, daß er die verpfändete Sache in seiner Verwahrung hat. Geschah aber die Zurückstellung nur zu einem bestimmten Zwecke, oder mit einem gewissen Vorbehalte, z. B. damit sich der Schuldner des verpfändeten Schmuckes bey einer Feyerlichkeit bedienen, oder die verpfändete Sache einem Dritten zum Kaufe anbiethen könne, so tritt nicht die nähmliche Wirkung ein.

Die Begebung oder Entsagung auf das Pfandrecht muß aber gesetzmäßig geschehen, d. i. der Entsagende muß dazu berechtiget seyn; das Recht eines Andern, z. B. des Mit- oder des Afterpfand-Gläubigers darf dadurch nicht beeinträchtiget werden, und es muß die gehörige Form beobachtet, folglich bey Hypotheken die Extabulation vorgenommen werden.

3. »Das Pfandrecht erlischt ferner mit der Zeit, auf welche es eingeschränkt war, folglich auch mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache; wenn anders dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt seyn konnte.« (§. 468.)

Das Pfandrecht kann vorzüglich dann auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden, wenn ein Dritter seine Sache statt des Schuldners verpfändet, wie dieser Fall bey Cautionen öfter vor-

---

sämmtliche Länderstellen. Nur für Tyrol wurde nachträglich rücksichtlich dieser Verfügung eine Ausnahme gemacht. S. Kundmachung des Tyrolischen Gub. vom 15. April 1831, in Wagner's Zeitschrift, Jahrgang 1831, 4. Heft, Notizenblatt, S. 158.

kommt. Da Niemand, der sein Recht von dem Willen seines Vormannes ableitet, mehr Rechte erlangt, als dieser auf den Nachfolger übertragen zu wollen erklärt hat; so folgt natürlich, daß auch das Pfandrecht nur für jene Zeit wirksam ist, für welche es wirklich bestellt wurde, oder bestellt werden konnte. Aus dem letzten Grunde muß es auch dann erlöschen, wenn der Pfandgeber selbst auf die verpfändete Sache, z. B. als widerruflicher Eigenthümer, als Fideicommiß-Besitzer ꝛc. ein, nur auf eine gewisse Zeit beschränktes, Recht hatte. Jedoch wird in diesem Falle erfordert, daß dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt seyn konnte; denn ist dieses nicht der Fall, so kann das zwischen Zweyen bestehende Rechtsverhältniß auf die Rechte eines Dritten keinen Einfluß haben. Der Dritte, welcher die bewegliche Sache als redlicher Besitzer übernimmt, erwirbt ja das Pfandrecht, wenn auch die Sache eine fremde ist (§. 456); bey unbeweglichen kommt es der Regel nach auf die Eintragung in die öffentlichen Bücher an (§. 443); nur ausnahmsweise legt hier das Gesetz der außer den öffentlichen Büchern erhaltenen Kenntniß gleiche Wirkung mit jener bey, welche durch dieselben erhalten wird, weil es geschehen kann, daß die Befugniß des Vormannes schon wirklich aufgehört hat, wenn gleich die Löschung derselben aus den öffentlichen Büchern noch nicht erfolgt ist, z. B. indem die Ehe getrennt ist, folglich das Recht des Ehemannes auf das Heirathsgut oder wenn der Fideicommißbesitzer gestorben ist, dessen Recht auf das Fideicommiß-Gut aufgehört hat. In solchen Fällen konnte man von dem, der selbst kein Recht mehr hatte, ein solches nicht erwerben. Waren aber diese Umstände dem Erwerber ohne sein Verschulden unbekannt; so hat er das Recht nach dem Gegensatze der in dem §. 468 enthaltenen Verfügung wirklich erworben, da die Beschränkung des Rechtes des Vormannes für den nicht vorhanden ist, welcher keine Kenntniß davon hatte, und sie zu haben auch nicht schuldig war.

In allen bisher erwähnten Fällen bleibt, wenn auch das Pfandrecht aufhört, die Forderung, weil dieß Tilgungsarten sind, welche sich nur auf das Nebenrecht, nicht auch auf das Hauptrecht beziehen. Daß in dem Falle, wo zur Leistung der Haupt-

verbindlichkeit oder Zahlung der Schuld eine Zeit bestimmt worden ist, das Pfandrecht durch Verlauf dieser Frist nicht aufhöre, ist um so einleuchtender, da gerade in dem Falle, wo der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, die Sicherstellung durch das Pfand ihren Nutzen hat.

§. 155.

Erlöschung des Pfandrechtes in Folge der Tilgung der Forderung.

(§. 469 des b. G. B.)

Aus der Natur des Pfandrechtes, als eines accessorischen Rechtes, welches zur Befestigung des Hauptrechtes oder der Forderung eingeräumt worden ist, ergibt sich, daß es aufhören müsse, wenn der Gläubiger befriediget worden ist; daher die Regel des §. 469: »Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf.« Man darf aber hier das Wort Tilgung nicht für gleichbedeutend mit Aufhebung oder Erlöschung der Schuld überhaupt nehmen, da aus dem §. 1483 folgt, daß das Recht der Forderung verjährt seyn kann, das Pfandrecht aber dessen ungeachtet noch fortdauert. Unter der Tilgung sind also hier nur diejenigen Aufhebungsarten zu verstehen, welche nothwendig auch auf das Pfandrecht einwirken, weil durch sie der Grund wegfällt, es noch ferner beyzubehalten.

Nach geschehener Tilgung der Schuld ist der Pfandgläubiger verpflichtet, die verpfändete Sache herauszugeben und »der Pfandgeber ist die Schuld nur gegen dem zu tilgen verbunden, daß ihm das Pfand zugleich zurückgestellt werde.« Behält der Gläubiger das Pfand ungeachtet der geschehenen Tilgung der Schuld; so muß er es als eine fremde, ihm anvertraute Sache verwahren, ist aber nicht befugt, mit derselben zu verfügen, kann also auch in derselben kein Afterpfand bestellen, und würde er sie doch weiter verpfänden; so wäre dieß die Verpfändung einer fremden Sache, und müßte nach dem §. 456 beurtheilt werden. Eben weil aber der Gläubiger, so lange er das Pfand in Händen hat, sich eine solche Verfügung anmaßen, oder gar die Sache als die seinige veräußern könnte, fordert es von Seite des Schuldners die Vorsicht, nicht eher zu zahlen, als bis ihm

die verpfändete Sache zurückgestellt worden ist. Könnte das Pfand nicht zurückgestellt werden; so wäre der Schuldner die abzutragende Sache bey Gericht zu hinterlegen befugt, und könnte sich dadurch von seiner Verbindlichkeit befreyen (§. 1425), und in Folge dessen den Ersatz für das Pfand verlangen.

Die angeführte Regel des §. 469 ist ihrem ganzen Umfange nach nur auf das Pfandrecht im engeren Sinne, nicht aber auf Hypotheken anwendbar, wie aus dem weiteren Inhalte dieses Paragraphs erhellt, welcher lautet: »Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekar-Gut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.«

Das Hypothekar-Recht besteht nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher, es kann also auch nur durch die Löschung aus denselben aufhören. Doch gilt dieß nicht in Beziehung auf den Gläubiger, welcher befriediget worden ist, denn für ihn muß das Pfandrecht seiner accessorischen Eigenschaft nach überhaupt dadurch erlöschen, daß die Schuld getilgt worden ist, weil eben dadurch der Zweck der Sicherstellung wegfällt. Aber die Hypothek dauert der Form nach fort, so lange sie nicht gelöscht ist, und sie kann dadurch eigene Wirkungen für den Schuldner selbst, und rücksichtlich dritter Personen hervorbringen. Der Schuldner kann die noch haftende Hypothek dem nähmlichen Gläubiger für eine andere Schuld, oder auch einem andern Gläubiger mit der Priorität, in welcher sie in dem öffentlichen Buche erscheint, einräumen. Die übrigen, auf der nähmlichen Sache eingetragenen Gläubiger können dieß nicht als eine Beeinträchtigung ansehen, denn das einem neuen Gläubiger eingeräumte Recht erstreckt sich nur so weit, als es dem früheren zustand, die Rechtsverhältnisse der übrigen Gläubiger leiden also dadurch keine Abänderung. Daß sie durch die Tilgung einer früheren Schuld in dem Range der Hypotheken nicht vorrücken, mag wohl gegen ihre Erwartung seyn, aber ist darum nicht ungerecht. Sie hätten es sich ja auch gefallen lassen müssen, wenn der vorausgehende Gläubiger statt unmittelbar von dem Schuldner seine Befriedigung

zu erhalten, dieselbe durch Cession seiner Forderung zu erlangen gesucht hätte; dadurch wäre auch ein neuer Gläubiger an die Stelle des vorigen getreten, und es hätte unter den übrigen Hypothekar-Gläubigern keine Vorrückung Statt gefunden [1].

Aber das Fortbestehen der Hypothek ungeachtet der Tilgung der Schuld kann für den Schuldner, oder eigentlich den Besitzer der Hypothek, auch nachtheilige Folgen haben, denn es folgt hieraus, daß, wenn ein Dritter im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher auf eine solche noch haftende Hypothek durch Super-Intabulation oder Super-Pränotation ein Pfandrecht erworben hat, dieses Recht, ungeachtet der schon geschehenen Zahlung wirksam seyn muß, folglich der Dritte aus der zur Hypothek bestellten Sache, so weit der Werth derselben reicht, seine Befriedigung verlangen kann. Will der Eigenthümer dieser Sache die Execution in derselben vermeiden, so müßte er den Super-Hypothekar-Gläubiger befriedigen, und in so fern die schon bezahlte Schuld noch ein Mahl bezahlen. Er kann sich nicht durch die Einwendung der schon geleisteten Zahlung schützen, weil der After-Hypothekar-Gläubiger nicht als Cessionar des ersten Hypothekar-Gläubigers Zahlung fordert, sondern sein eigenes, auf die Hypothek erworbenes Recht geltend macht. Dieser Behauptung steht also auch nicht entgegen, daß sonst die Regel gilt, der Cessus könne dem Cessionar alle Einwendungen entgegen setzen, welche ihm gegen den Cedenten zustanden (§. 1394), nur die Einwendung der Compensation unter gewissen Beschränkungen ausgenommen (§. 1443) [2]; denn es handelt sich hierbey nicht um die Forderung, sondern um das Hypothekar-Recht; daß aber dieses wirksam sey, ist in dem §. 469 klar ausgesprochen, und folgt daraus, daß die Hypothek für den Dritten so lange als vorhanden angesehen werden muß, als sie in den eigens zur Bestellung derselben eingeführten öffentlichen Büchern erscheint. Der Schuldner muß es sich selbst zuschreiben, wenn er sich bey der Bezahlung

---

[1] S. den vom Hrn. Landrathe Nippel dargestellten Rechtsfall, in Wagner's Zeitschrift, J. 1826, 3. Heft, S. 145.

[2] Krupař: Ueber den §. 469 das all. b. G. B., in Wagner's Zeitschrift, J. 1826, 12. Heft, S. 267.

der Schuld von dem Gläubiger nicht sogleich eine zur Bewirkung der Lőschung geeignete Urkunde ausstellen ließ, oder die Lőschung nicht sogleich bewirkte. Er wird also so, wie der Schuldner, welcher ein Pfand in engerer Bedeutung bestellt hat, berechtiget seyn, die Zahlung nur gegen dem zu leisten, daß ihm die zur Bewirkung der Lőschung erforderliche Urkunde ausgestellt werde.

Die Lőschung aus den őffentlichen Bűchern muß so, wie die Eintragung in dieselben, der Regel nach vermittelst einer Urkunde bewirkt werden: nur bey Bauerngütern kann es auch durch mündliches Ansuchen geschehen (§. 433). Die Urkunde, in Folge welcher die unbedingte Lőschung vorgenommen werden soll, muß eine őffentliche, oder eine in Tabular-Form ausgestellte Privat-Urkunde seyn. Hat der Schuldner zwar eine zur Bewirkung der Lőschung zureichenden Grund enthaltende glaubwűrdige, aber nicht in Tabular-Form ausgestellte Urkunde; so kann die Lőschung auch im Wege der Pränotation bewirkt werden[1], welche dann entweder durch die nachträglich in gehőriger Form erklärte Einwilligung des Gläubigers, oder durch rechtskräftiges Urtheil, welches das Recht des Schuldners, die Lőschung zu verlangen, bestätiget, gerechtfertiget wird.

Würde eine angesuchte Lőschung von der Tabular-Instanz nicht bewilliget, so müßte, um dadurch den Besitzer der Hypothek nicht der Gefahr auszusetzen, daß die noch haftende Hypothek auf Andere übertragen werde, hinsichtlich dieses abschlägigen Bescheides eben die Vorsicht angewendet werden, welche bey abgeschlagenen Intabulations- oder Pränotations-Gesuchen nach dem Patente vom 14. Februar 1804 zu beobachten ist, d. i. der abschlägige Bescheid müßte in den őffentlichen Bűchern angemerkt werden[2], damit, wenn der Gesuchsteller die Lőschung im Wege des Recurses bewirkt, dieselbe von der Zeit an als geschehen angesehen werden müsse, als das dießfällige Gesuch gehőrig überreicht worden ist.

---

[1] Hofdecret vom 29. August 1818, Nr. 3. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 145.

[2] Hofdecret vom 27. August 1819. Eben da S. 154.

§. 156.

Rechte der Pfandgläubiger im Falle eines Concurses.

(§. 470 des b. G. B.)

Unter die wesentlichen Wirkungen des Pfandrechtes gehört der Vorzug, welcher den Pfandgläubigern in der verpfändeten Sache im Falle der auf dieselbe geführten Execution, oder im Falle eines Concurses der Gläubiger zusteht, da gerade hierin die Sicherheit der Pfandgläubiger besteht, und sie nur dadurch in den Stand gesetzt werden, ihre Befriedigung zu erhalten, wenn auch die übrigen Gläubiger wegen Unzulänglichkeit des Vermögens leer ausgehen.

Die Bestimmungen über den Vorzug der Pfandgläubiger im Concurse machen einen wesentlichen Theil der gesetzlichen Verfügungen über das Pfandrecht aus, und gehörten eigentlich in das bürgerliche Gesetzbuch. Da aber mit der Josephinischen Gerichtsordnung zugleich eine eigene Concursordnung eingeführt, und selbst in diese, so wie nachher auch in die Galizische Gerichtsordnung eingeschaltet worden ist; so wurden in Oesterreich diese Bestimmungen seit vielen Jahren als ein Theil der Gerichtsordnung betrachtet; das gegenwärtige bürgerl. Gesetzbuch hat es auch dabey bewenden lassen und beruft sich im §. 470 bloß auf die hierüber besonders bestehende Anordnung mit den Worten: »Die Vorzugsrechte der Gläubiger bey dem Ausbruche eines Concurses bestimmt das Verfahren in Concursfällen.«

Alle Gläubiger werden nähmlich im Falle eines Concurses in bestimmte Classen gebracht, und nach der Ordnung dieser Classen, in so weit die Cridamasse oder das Vermögen des Verschuldeten zureicht, befriediget. Allen classificirten Gläubigern gehen jedoch jene vor, welche ihre eigenthümliche Sache aus der Concursmasse zurückfordern, und welche nach eröffnetem Concurse für die Masse selbst etwas verwendet, oder für dieselbe gearbeitet haben; denn die Gläubiger sind nur berechtiget, aus dem eigenen Vermögen ihres Schuldners ihre Befriedigung zu verlangen, und was nach eröffnetem Concurse für die Masse verwendet oder gearbeitet wurde, ist eigentlich zum Besten der Gläubiger selbst geleistet worden, es liegt ihnen daher auch der Ersatz desselben ob.

Die Galizische Gerichtsordnung räumt den gleichen Vorzug den Zollgebühren, welche von den noch vorhandenen Waren rückständig sind, und den Staatsabgaben von den letzten drey Jahren ein.

In die erste Classe werden die vorzüglich begünstigten Gläubiger gesetzt. Doch gebührt ihnen nach der Galizischen Gerichtsordnung (§. 125) dieser Vorzug nur in Ansehung des mit keinem besonderen Pfandrechte behafteten Vermögens, ausgenommen die Forderungen an ihre Grundholden, und gleicher Maßen die Forderungen der Grundholden an den Grundherrn, welche dort ebenfalls in die erste Classe gesetzt sind, und selbst den Pfandgläubigern vorgesetzt werden.

In die zweyte Classe werden dann die Pfandgläubiger gesetzt, und sie erhalten ihre Befriedigung sowohl in Ansehung der Hauptforderung als der seit drey Jahren rückständigen Zinsen aus den ihnen verhafteten Gütern nach Maßgabe der Zeit, als sie das Pfandrecht erworben haben. Reicht der Werth der ihnen verpfändeten Sache nicht zu, so werden sie mit dem Ueberreste ihrer Forderungen unter diejenigen Gläubiger gesetzt, unter welche sie der Natur der Forderung nach ohne erworbenes Pfandrecht gehören würden [1].

Tritt bey einem zur Hypothek bestellten Gute der Fall ein, daß im Falle der Execution auf dasselbe nicht alle darauf eingetragenen Gläubiger befriediget werden können; so sind auch diejenigen zu löschen, welche leer ausgehen; denn derjenige, welcher das Gut um den Schätzungswerth übernimmt, oder als Meistbiether erstanden hat, ist nur in so weit verbunden, als sich der Schätzungswerth oder der Kaufschilling erstreckt [2]. Hieraus ergibt sich eine eigene Erlöschungsart des Pfandrechtes. Ob der auf diese Art durchfallende Gläubiger berechtiget sey, falls der Schuldner sonst ein Vermögen hat, im Grunde des früheren Titels ein anderes angemessenes Pfand zu begehren, scheint nach dem §. 458 beurtheilt werden zu müssen.

---

[1] Hofdecret vom 11. September 1784, lit. n. Nr. 336.
[2] Hofdecret vom 15. Januar 1787, lit. s. Just. Ges. S. 91. Nr. 621.

§. 157.

Von dem Retentionsrechte.

(§ 471 des b. G. B.)

»Weder der Pfandnehmer noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache ist nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechtes befugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurück zu behalten.«

Was unter dem Retentionsrechte zu verstehen sey, ist bereits oben (§. 51, S. 79) vorgekommen. Dem Pfandgläubiger wurde in dem früher geltenden gemeinen Rechte, und selbst noch in dem Galiz. Gesetzbuche (2. Thl. §. 250) die Befugniß eingeräumt, die verpfändete Sache, wenn auch die Schuld, für welche sie verpfändet war, bereits getilgt war, zurück zu behalten, und es stand ihm auf diese Sache ein neues verhältnißmäßiges Pfandrecht zu, wenn er es auf eine andere richtige und schon verfallene Forderung gründen konnte. Nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche hat dasselbe nicht mehr Statt, weil es immer eine eigenmächtige Hülfe ist, welche im Staate außer dem Falle der Noth nicht gebraucht werden soll (§. 19), und oft in ein ganz unverhältnißmäßiges Zwangsmittel ausarten würde, indem der Eigenthümer nach Umständen auch eine Sache vom größten Werthe entbehren müßte, wenn es dem Gläubiger gestattet wäre, sie wegen was immer für einer anderen Forderung zurück zu behalten. Ueberdieß ist dieses außerordentliche Zwangsmittel nicht nothwendig, da derjenige, welcher einen gegründeten Anspruch hat, ihn durch die ordentlichen, in der Gerichts-Ordnung bestimmten Rechtsmittel geltend machen kann, auf welche auch der §. 471 hindeutet, indem hier von dem Inhaber einer fremden Sache weiter gesagt wird: »Er kann aber, wenn die in der Gerichts-Ordnung bestimmten Erfordernisse eintreten, und die Sache beweglich ist, sie in gerichtliche Verwahrung geben, und mit Verboth belegen, oder, wenn sie unbeweglich ist, die Sequestration derselben ansuchen.« Wie diese Mittel angewendet werden können, und welche andere mittlerweilige Vorkehrungen es noch gibt, durch welche sich der Gläubiger sein Recht

sichern kann, muß bey der Erklärung der Gerichtsordnung näher auseinander gesetzt werden.

Hier ist noch zu bemerken, daß, nach den allgemeinen Grundsätzen über das Fortbestehen der Handels- und Wechselgesetze, durch die obige Anordnung das in dem Wechselrechte gegründete Retentionsrecht [1] nicht aufgehoben worden ist. Auch kann das Zurückhaltungsrecht durch Vertrag oder einen letzten Willen eingeräumt werden, und man muß annehmen, daß dieß geschehen sey, wenn dem Gläubiger zur Sicherstellung seiner Forderung solche Sachen übergeben worden sind, auf welche ein eigentliches Pfandrecht nicht ausgeübt werden kann, weil sie gewöhnlich gegen Geld nicht veräußert werden können, z. B. Studien- oder Dienst-Zeugnisse, Diplome u. dgl. Die Sicherheit des Gläubigers beruht also in solchen Fällen auf der Voraussetzung, der Schuldner müsse dergleichen Sachen einlösen, weil sie ihm unentbehrlich sind [2], und der Gläubiger erlangt nur in so fern eine Sicherheit, als diese Voraussetzung wirklich eintrifft.

---

[1] Wechsel-Ordnung vom 1. October 1763, Art. 43 und 44.

[2] S. Rippel's Erläuterungen zu dem §. 471, Nr. 7.

Siebentes Hauptstück.

Von Dienstbarkeiten (Servituten) [1].

§. 158.

Was unter Dienstbarkeit zu verstehen sey.

(§. 472 des b. G. B.)

In dem Rechte des Eigenthümers mit seiner Sache willkürlich zu schalten, ist auch das begriffen, einem Andern einzelne Gebrauchsrechte in derselben zu gestatten, oder auf einzelne Ausübungsarten des Eigenthums zum Vortheile eines Andern Verzicht zu leisten. Geschieht nun dieß zu einem andern Zwecke, als damit der Berechtigte dadurch Sicherheit rücksichtlich seiner Forderung erlange, und auf solche Art, daß die dadurch erlangte Befugniß ein dingliches Recht sey; so entsteht eine Dienstbarkeit (Servitut). Dadurch wird auf der einen Seite das Recht des Eigenthümers vermindert; von Seite des Berechtigten wird aber die Befugniß erlangt, eine fremde Sache innerhalb gewisser Gränzen zu benützen. Das Wort Dienstbarkeit wird also in doppelter Bedeutung genommen, es bedeutet sowohl das Recht, als die aus diesem Rechte entstehende, auf der Sache haftende, Last. Aus dem Umfange des Rechtes ergibt sich natürlich auch der Umfang der diesem Rechte entsprechenden Verpflichtung; das Gesetz spricht daher gewöhnlich, und nahmentlich in dem §. 472 von

---

[1] S. Ueber das Baurecht, Verbiethungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten, dann über die einzelnen Gattungen, Ersitzung und Verjährung derselben. Von dem Hrn. k. k. Rathe und Prof. Mich. Schuster. Prag 1819.

Dieses Werk gehört hierher, weil es eigentlich eine Theorie des Servituts-Rechtes enthält, denn das Baurecht wird in demselben nur in so fern behandelt, als es eine Folge der freyen Ausübung des Eigenthums ist, und durch Dienstbarkeiten beschränkt werden kann.

der Dienstbarkeit als einem Rechte, indem es hier heißt: »Durch das Recht der Dienstbarkeit wird ein Eigenthümer verbunden, zum Vortheile eines Andern in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames, Recht.«

Dienstbarkeit ist also das dingliche Recht in einer fremden Sache, vermöge dessen der Eigenthümer derselben schuldig ist, zum Vortheile eines Anderen in seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen, was er sonst als Eigenthümer zu dulden oder zu unterlassen nicht schuldig wäre.

Nur in einer fremden Sache kann eine Dienstbarkeit bestehen, denn aus der eigenen kann man vermöge des Eigenthumsrechtes allen möglichen Nutzen ziehen, und sie auf jede beliebige, den Rechten Anderer unnachtheilige, Art gebrauchen. In einer gemeinschaftlichen Sache kann der Miteigenthümer in so fern eine Dienstbarkeit erwerben, als ihm ein besonderes dingliches Recht in dem Antheile des andern, z. B. die Fruchtnießung, eingeräumt wird. Auch kann die eigene Sache des Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, so wie die gemeinschaftliche der eigenen dienstbar seyn, weil die Rechte des Eigenthümers in dieser doppelten Beziehung ganz verschieden sind, und rücksichtlich der Miteigenthümer immer eine fremde Sache vorhanden ist.

§. 159.

Eintheilungen der Dienstbarkeiten.

(§§. 473 und 474 des b. G. B.)

Die Dienstbarkeiten werden verschieden eingetheilt. Die erste Eintheilung ergibt sich aus dem Begriffe derselben. Da sie nähmlich im Dulden oder Unterlassen bestehen; so werden sie hiernach in bejahende und verneinende eingetheilt. Bejahend heißt die Dienstbarkeit, vermöge welcher der Berechtigte in einer fremden Sache etwas thun, oder einen Gebrauch ausüben kann, welchen der Eigenthümer der dienstbaren Sache zu leiden verbunden ist, z. B. die Balken eines fremden Gebäudes auf sein eigenes auflegen zu lassen. Verneinend aber ist die Dienstbarkeit,

vermöge welcher der Berechtigte von einem Andern fordern kann, daß dieser etwas unterlasse, was er sonst als Eigenthümer in seiner Sache zu thun befugt wäre, z. B. seine Mauer nicht erhöhe.

Eine andere Eintheilung der Dienstbarkeiten wird von dem Subjecte hergenommen, zu dessen Vortheile sie bestellt sind; hiernach sind sie Grund- oder persönliche Dienstbarkeiten. »Wird das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vortheilhafteren oder bequemeren Benützung verknüpft; so entsteht eine Grunddienstbarkeit; außer dem ist die Dienstbarkeit persönlich« (§. 473). Die Dienstbarkeit ist immer ein dingliches Recht in Beziehung auf denjenigen, gegen den sie ausgeübt wird, aber in Beziehung auf den Berechtigten ist zu unterscheiden, ob sie jedem Besitzer eines Grundstückes, unter welchem hier jede unbewegliche Sache verstanden wird, oder nur einer gewissen Person zusteht, und nach diesem Unterschiede wird die erwähnte Eintheilung gemacht.

Das Grundstück, mit dessen Besitze die Berechtigung verbunden ist, wird das herrschende; dasjenige, auf welchem die Dienstbarkeit als Last haftet, das dienstbare Gut genannt; denn »Grunddienstbarkeiten setzen zwey Grundbesitzer voraus, deren Einem als Verpflichteten das dienstbare; dem Andern als Berechtigten das herrschende Gut gehört.«

Aus der Bestimmung des herrschenden Gutes wird die dritte Eintheilung der Dienstbarkeiten hergenommen, nähmlich: »Das herrschende Grundstück ist entweder zur Landwirthschaft oder zu einem andern Gebrauche bestimmt; daher unterscheidet man auch die Feld- und Haus-Servituten« (§. 474). Diese Eintheilung hat aber auf das Recht selbst gar keinen Einfluß, denn die nähmliche Servitut kann auf dieselbe Art als Feld- oder Haus-Servitut ausgeübt werden; sie wird nur zur leichteren Uebersicht der gewöhnlichen Dienstbarkeiten gebraucht.

Noch ergibt sich eine Eintheilung der Dienstbarkeiten, wenn man auf die Art der Ausübung derselben Rücksicht nimmt. Sie sind nähmlich ununterbrochen, oder nur von Zeit zu Zeit wirksam (servitutes continuae vel discontinuae). Die

Ausübung jener dauert fort, wenn sie einmahl angefangen hat; die Ausübung dieser tritt nur von Zeit zu Zeit ein, weil sie eine Handlung des Berechtigten voraussetzen. Eine ununterbrochen wirksame Dienstbarkeit ist z. B. das Fensterrecht, denn sie besteht so lange, als das Fenster in der fremden Wand vorhanden ist, durch welches man Licht oder Luft genießt; hingegen das Weiderecht z. B. wird nur ausgeübt, wenn das Vieh auf die fremde Weide getrieben wird. Dieser Unterschied der Dienstbarkeiten kommt besonders in Betrachtung, wenn die Frage entsteht, in wie fern eine Dienstbarkeit durch den Nichtgebrauch erlösche, die Anwendung davon wird daher in der Lehre von der Verjährung vorkommen.

§. 160.

Aufzählung der gewöhnlichen Dienstbarkeiten.

(§§. 475—478 des b. G. B.)

In diesen Paragraphen werden die am gewöhnlichsten vorkommenden Dienstbarkeiten angegeben, und zwar zuerst die Grund-, dann die persönlichen Dienstbarkeiten, und von jenen wieder zuerst die Haus-, dann die Feld-Servituten.

§. 475. »Die Haus-Servituten sind gewöhnlich: 1. das Recht, die Last seines Gebäudes auf ein fremdes Gebäude zu setzen; 2. einen Balken oder Sparren [1] in eine fremde Wand einzufügen; 3. ein Fenster in der fremden Wand zu öffnen; es sey des Lichtes oder der Aussicht wegen; 4. ein Dach oder einen Erker [2] über des Nachbars Luftraum zu bauen [3]; 5. den Rauch durch des Nachbars Schorstein zu

---

[1] Sparren heißen die schräge stehenden, oben in eine Spitze zusammen laufenden Bauhölzer, welche das Dach eines Gebäudes bilden. Adelung.

[2] Erker, oder wie Adelung schreibt, Aerker heißt nach ihm ein herausgebauetes Stück an einem Hause, also ein hervorstehender Theil, z. B. eine Altane.

[3] Eigentlich: über des Nachbars Grundstück, oder: in des Nachbars Luftraum. Einen Schreib- oder Druckfehler braucht man aber nicht gerade, wie Hr. Landrath Nippel glaubt, anzunehmen,

führen; 6. die Dachtraufe auf fremden Grund zu leiten; 7. Flüssigkeiten auf des Nachbars Grund zu gießen oder durchzuführen.«

»Durch diese und ähnliche Haus-Servituten wird ein Hausbesitzer befugt, etwas auf dem Grunde seines Nachbars vorzunehmen, was dieser dulden muß.« Sie sind also alle bejahende Dienstbarkeiten.

§. 476. »Durch andere Haus-Servituten wird der Besitzer des dienstbaren Grundes verpflichtet, etwas zu unterlassen, was ihm sonst zu thun freystand.« (Verneinende Servituten.) »Dergleichen sind:

8. Sein Haus nicht zu erhöhen; 9. es nicht niedriger zu machen; 10. dem herrschenden Gebäude Licht und Luft, 11. oder die Aussicht nicht zu benehmen; 12. die Dachtraufe seines Hauses von dem Grunde des Nachbars, dem sie zur Bewässerung seines Gartens oder zur Füllung seiner Cisterne, oder auf eine andere Art nützlich seyn kann, nicht abzuleiten.«

§. 477. »Die vorzüglichen Feld-Servituten sind:

1. Das Recht, einen Fußsteig, Viehtrieb oder Fahrweg auf fremdem Grunde und Boden zu halten; 2. das Wasser zu schöpfen, das Vieh zu tränken, das Wasser ab- und herzuleiten; 3. das Vieh zu hüthen und zu weiden; 4. Holz zu fällen, verdorrte Aeste und Reiser zu sammeln, Eicheln zu lesen, Laub zu rechen; 5. zu jagen, zu fischen, Vögel zu fangen; 6. Steine zu brechen, Sand zu graben, Kalk zu brennen.«

Alle diese Dienstbarkeiten sind bejahende, weil es bloß verneinende Feld-Servituten nicht wohl geben kann, denn sie bestünden darin: daß der Eigenthümer seinen Weg oder Fußsteig

---

denn wer in des Nachbars Luftraum bauet, bauet auch über demselben, weil vorausgesetzt wird, daß sich auch unter dem hervorstehenden Theile noch ein Luftraum befindet.

nicht gebrauche, aus seinem Brunnen nicht schöpfe, sein Vieh auf seiner eigenen Wiese nicht weide, kurz, seine Sache nicht gebrauche. Solche Befugnisse können schon nach dem Begriffe der Dienstbarkeiten nur dann bestehen, wenn ein Anderer aus der Unterlassung des Gebrauches in der eigenen Sache Vortheil hat: da nun dieß, ohne daß zugleich eine bejahende Dienstbarkeit bestünde, nicht leicht der Fall seyn kann; so hat man auch nicht nöthig gefunden, von dergleichen Dienstbarkeiten in dem Gesetzbuche besondere Erwähnung zu machen.

§. 478. »Die persönlichen Servituten sind: der nöthige Gebrauch einer Sache; die Fruchtnießung; und die Wohnung.«

Worin die hier bloß erwähnten Dienstbarkeiten bestehen, ergibt sich theils aus ihrer Benennung, theils aus den nachfolgenden Verfügungen über dieselben.

§. 161.

Abweichungen von der gewöhnlichen Beschaffenheit der als Dienstbarkeiten vorkommenden Rechte.

(§. 479 des b. G. B.)

Die in dem vorstehenden Paragraphe vorkommende Eintheilung in Grund- und persönliche Dienstbarkeiten beruht nicht auf einem wesentlichen, sondern nur auf einem gewöhnlichen Charakter derselben. Es hängt also von dem Willen des Eigenthümers ab, welchen Umfang er dem, einem Andern in seiner Sache eingeräumten, Rechte geben wolle, daher heißt es im §. 479: »Es können aber auch Dienstbarkeiten, welche an sich Grunddienstbarkeiten sind, der Person allein; oder, es können Begünstigungen, die ordentlicher Weise Servituten sind, nur bloß auf Widerrufen zugestanden werden.« Im letzten Falle ist der Gebrauch einer fremden Sache nicht die Folge eines Rechtes, sondern eines blossen Zugestehens aus Gefälligkeit, folglich keine Dienstbarkeit vorhanden.

Ob auch die sonst persönlichen Dienstbarkeiten als Grunddienstbarkeiten bestellt werden können, ist nicht ausdrücklich be-

stimmt. Es liegt in der Natur derselben, daß sie nicht leicht als Grunddienstbarkeiten vorkommen können, weil man nicht wohl annehmen kann, daß der unbeschränkte Eigenthümer auf diese Art die Benützung der Sache von der Proprietät trennen wollte. Aber, daß es an und für sich nicht angehe, läßt sich nicht behaupten, da es dem Eigenthümer auch frey steht, das Eigenthum zu theilen, und da aus dem §. 529 sich ergibt, daß diese Dienstbarkeiten gegen ihre gewöhnliche Natur nicht nur für eine gewisse Person, sondern auch für die Erben derselben bestellt werden können, ja, dadurch, daß sie einer Familie, oder einer moralischen Person verliehen wurden, in der That in den meisten solchen Fällen, als wären sie dingliche, für immer bestellt sind.

Die oben erwähnte Eintheilung der Servituten bestimmt also nur, welche Beschaffenheit derselben vorauszusetzen ist, wenn nicht das Gegentheil dargethan wird, was der §. 479 mit den Worten ausdrückt: »Die Abweichungen von der Natur einer Servitut werden jedoch nicht vermuthet; wer sie behauptet, dem liegt der Beweis ob.« Wird also z. B. jemanden das Fenster- oder Weide-Recht vermacht; so hat der Legatar auf eine Grunddienstbarkeit Anspruch; bey dem Gebrauche, der Fruchtnießung und der Wohnung ist aber nur ein, ihm für seine Person, zustehendes Recht zu verstehen.

§. 162.

Titel zur Erwerbung des Servituts-Rechtes.

(§. 480 des b. G. B.)

Die Erwerbung des Servituts-Rechtes setzt so, wie die Erwerbung eines dinglichen Rechtes überhaupt (§. 425), Titel und Erwerbungsart voraus. »Der Titel zu einer Servitut ist auf einem Vertrage, auf einer letzten Willenserklärung, auf einem bey der Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgten Rechtsspruche, oder endlich, auf Verjährung gegründet.«

Vergleicht man die hier angegebenen Titel mit denen, welche bey dem Besitze (§. 317), dem Eigenthume (§. 424), und dem

Pfandrechte (§. 449) angegeben werden; so zeigen sich zwey dieser Titel übereinstimmig bey allen angegeben, nähmlich: der Vertrag, und die Verfügung auf den Todesfall, oder die letzte Willenserklärung: bey den zwey andern zeigt sich aber eine Abweichung, indem hier nur von einem bey der Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgten Rechtsspruche, in den angeführten Stellen aber von dem richterlichen Ausspruche überhaupt; hier von der Vorjährung, in den andern Stellen aber von der Anordnung des Gesetzes Erwähnung geschieht. In Ansehung der beyden ersten Titel gilt daher auch hier das, was bey den erwähnten Stellen bereits bemerkt worden ist. Rücksichtlich der beyden übrigen aber ist Folgendes zu bemerken.

Von einem bey der Theilung der Grundstücke erfolgten Rechtsspruche geschieht besondere Erwähnung, weil bey der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache öfter die Nothwendigkeit eintritt, einem Theilgenossen, zur Benützung seines Antheils, eine Dienstbarkeit zu bestellen, und wenn dieß der Fall ist, von dem Richter, welcher über die Theilung erkennt, zugleich bestimmt werden muß, ob, und unter welchen Bedingungen sie demselben zu bewilligen sey (§. 842). Außer diesem Falle kann durch den Ausspruch des Richters der Titel zu einer Dienstbarkeit nicht erlangt werden, weil sonst das Besitz-, Eigenthums- oder Pfandrecht mittelst desselben nur dann erlangt wird, wenn der Richter demjenigen, welcher eine gültige Forderung hat, eine Sache des Schuldners zur Befriedigung einräumt, dieß aber bey den Dienstbarkeiten nicht thunlich ist, da Grunddienstbarkeiten ein solches Verhältniß zweyer Grundstücke voraussetzen, welches die Benützung des einen zum Vortheile des andern möglich macht, es sich aber nicht leicht treffen wird, daß Gläubiger und Schuldner gerade solche Grundstücke besitzen. Bey persönlichen Dienstbarkeiten läßt sich der Werth derselben nicht bestimmen, da ihre Dauer von dem Leben der berechtigten Person abhängt. Dem Richter wird darum auch nirgends die Befugniß eingeräumt, die Befriedigung des Gläubigers durch Zuerkennung einer Dienstbarkeit zu bewirken. Aus eben diesem Grunde können Dienstbarkeiten, wenn sie auch in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, nicht als für sich bestehende Rechte betrachtet werden, auf welche es, so

wie auf eingetragene Forderungen möglich wäre, ein Hypothekar-Recht zu erlangen[1].

Die Verjährung, oder eigentlich die Ersitzung ist ein Titel zur Erwerbung der Dienstbarkeit, wenn ein Recht als Dienstbarkeit durch die im Gesetze bestimmte Zeit ausgeübt wurde, aber auf den Nahmen dessen, der es ausübt, in den öffentlichen Büchern nicht eingetragen ist (§. 1470). Denn in einem solchen Falle muß derjenige, welcher dieses Recht als dingliches geltend machen, und die Eintragung desselben in die öffentlichen Bücher bewirken will, zuerst auf die Zuerkennung des dinglichen Rechtes klagen, und kann es erst dann den öffentlichen Büchern einverleiben lassen (§. 1498); diese Zuerkennung kann aber nur gegen denjenigen erwirkt werden, gegen welchen man ersessen hat (§. 1500): das durch die Ersitzung erworbene Recht wirkt also, gleich einem andern Titel nur gegen eine bestimmte Person, nicht gegen jeden Besitzer der Sache.

Obgleich aber die Ersitzung eine durch das positive Gesetz eingeführte Erwerbungsart ist; so läßt sich doch nicht sagen, daß die Verjährung in dem §. 480 in eben dem Sinne, wie sonst die Verfügung des Gesetzes, erwähnt werde, denn die Ersitzung ist eben so, wie der Vertrag, der letzte Wille, oder der richterliche Ausspruch nur mittelbar im Gesetze gegründet, ja, sie setzt vielmehr der Regel nach schon einen besonderen Titel voraus (§. 1461), und macht nur in der Voraussetzung desselben die Erwerbung zu einer rechtlichen, bey welcher alles Factische zur Erwerbung Erforderliche vorhanden ist, das allein ausgenommen, daß dem Vormanne das zu erwerbende Recht nicht zustand.

Ungeachtet aber das Gesetz nicht ausdrücklich unter den Titeln zur Erwerbung der Dienstbarkeiten genannt wird; so läßt sich doch nicht zweifeln, daß es wirklich unter dieselben gehöre, da es erstens Fälle gibt, in denen politische Gesetze den Grund zu einem Servituts-Rechte enthalten, wie bey dem, den Obrigkeiten und Unterthanen auf den unterthänigen und obrigkeitlichen Stoppel- und Brachäckern wechselseitig zustehendem Weiderechte, und den zwangsmäßigen Wasserleitungen in dem Lombardisch-

---

[1] Hofdecret v. 19. Julius 1792, lit. b. S. m e i n Handb. 2. Bd. S. 192.

Venetianischen Königreiche [1]: dann auch Fälle, wo sich eine Dienstbarkeit unmittelbar auf die Anordnung des Gesetzbuches gründet, wie dieß bey der Fruchtnießung des Intestat-Erbtheiles eines überlebenden Gatten in Folge des §. 757; und des Heirathsgutes in Folge des §. 1228 Statt findet. Das Gesetz scheint darum nicht ausdrücklich als Titel des Servituts-Rechtes erwähnt worden zu seyn, weil erstens die wenigen Fälle, wo es als Titel noch wirksam ist, bey andern Materien vorkommen, dann weil es ohne Zweifel in dem Plane der Gesetzgebung lag, die vorher nach den verschiedenen Provinzial-Gesetzen gegründeten gesetzlichen Dienstbarkeiten aufzuheben, und dadurch Gleichförmigkeit des Rechtes herzustellen [2].

---

[1] S. die Hofdecrete vom 27. April 1789 und 30. Junius 1825, in meinem Handbuche 2. Bd. S. 190.

[2] Wenn aber auch die früher bestandenen gesetzlichen Beschränkungen des Gebrauches der eigenen Sache, zum Vortheile Anderer, namentlich rücksichtlich des Bauens aufgehoben sind; so läßt sich darum doch nicht behaupten, daß man nach Willkür und selbst zur Chicane des Nachbars bauen könne. (S. Schuster's Baurecht, Nr. 44, S. 87); daß die Ausübung des Eigenthums nicht ganz willkürlich sey, und nicht geschehen dürfe, bloß um einen Andern zu necken oder zu ärgern, ist bereits oben (§. 69, S. 108) gezeigt worden. Wie sollte es auch gestattet seyn, schon vorhandene Gebäude durch Verbauung der Fenster, Anlegung von Ställen, Cloaken ꝛc. unbrauchbar zu machen, oder ihren Werth zu verringern, da es zur Schonung schon bestehender Gebäude nicht einmahl erlaubt ist, die eigenen, auf fremdem Boden verwendeten Materialien zu vindiciren? und wenn wirklich bestehende Dienstbarkeiten darum erlöschen, weil es offenbar ist, daß sie dem Berechtigten keinen Vortheil gewähren (s. das oben angeführte Werk, Nr. 55 und folg.): so muß man wohl auch zugeben, daß eine Ausübung des Eigenthums nicht Statt haben könne, welche dem Bauenden durchaus keinen Vortheil gewährt, dem Andern aber zum offenbaren Nachtheile gereicht. Daß dieser Fall vorhanden sey, muß allerdings von dem, der es behauptet, erwiesen werden; aber wenn die Absicht, einen Andern bloß zu necken oder zu ärgern, wie in der aufgeworfenen Frage vorausgesetzt wird, eingestanden ist, oder klar am Tage liegt, so wäre es höchst ungereimt, wenn der Richter Jemanden behülflich seyn sollte, seine feindseligen, das gesellige

§. 163.

Erwerbungsart des Servituts-Rechtes.

(§. 481 des b. G. B.)

In Beziehung auf die Erwerbungsart stimmt das Servituts-Recht ganz mit den ubrigen dinglichen Rechten überein. Es kommt nähmlich darauf an, ob der Gegenstand desselben eine in die öffentlichen Bücher eingetragene Sache ist oder nicht. Der §. 481 lautet: »Das dingliche Recht der Dienstbarkeit kann auf unbewegliche Sachen und überhaupt auf solche Gegenstände, die in öffentlichen Büchern eingetragen sind, nur durch die Eintragung in dieselben erworben werden, auf andere Sachen aber erlangt man es durch die oben (§. 426—428) angegebenen Arten der Uebergabe.«

Das schon in den Landtafel- und Grundbuchs-Patenten gegründete, dem Oesterreichischen Rechte eigenthümliche System, daß Dienstbarkeiten in die öffentlichen Bücher eingetragen werden müssen, wenn sie als dingliche Rechte wirksam seyn sollen, wurde auch in dem gegenwärtigen Gesetzbuche beybehalten, weil, wie Herr Hofrath von Zeiller[1] bemerkt, dadurch vielen Streitigkeiten über den Umfang und die Dauer der Servitut, oder über den Umstand, ob etwas nur eine widerrufliche Begünstigung oder eine Dienstbarkeit sey, vorgebeugt wird; und zwar gilt dieß nach Ebendemselben, die Dienstbarkeit mag eine bejahende oder verneinende seyn, und in die Augen fallen oder nicht[2].

Beysammenleben störenden Absichten auszuführen. Daher heißt es auch in dem Preußischen Landrechte 1. Thl. 8. Titel, §. 27: »Niemand darf sein Eigenthum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer mißbrauchen. §. 28. Mißbrauch heißt ein solcher Gebrauch des Eigenthums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann.« Daß diese Grundsätze der Vernunft und der Natur der Sache angemessen sind, zeigt auch Sachs in seinem Baurechte, Berlin 1831. 1. Thl. 1. Titel.

[1] Anmerkung S. 302 in dem 2. Bde. seines Commentars.

[2] Commentar zu dem §. 481. Nr. 1.

Herr Professor Schuster[1], und nach ihm Herr Landrath Nippel[2] glauben zwar, man müsse diese Regel auf die Fälle beschränken, wo die Ausübung der Dienstbarkeit nicht ohnehin durch einen in die Augen fallenden Bau erkennbar wird; denn wäre dieß der Fall, so habe der Erwerber der belasteten Sache wissen müssen, daß er das unbeschränkte Eigenthum nicht erlangen könne, er kann sich also nicht auf die öffentlichen Bücher berufen, denn er ist durch dieselben nicht getäuscht worden.

Diese und alle andern in diesem Sinne angeführten Gründe beruhen auf der Voraussetzung, daß, wenn eine Sache belastet erscheint, diese Last schon als eine Dienstbarkeit anerkannt werden müsse. Allein, ob dieß vorausgesetzt werden könne, ist ja gerade die Frage, welche nach dem §. 481 verneint werden muß. So lange eine Last nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, muß sie zwar als eine Beschränkung angesehen werden, welche, wenn sie durch einen Bau bewirkt wird, so lange besteht, als dieser Bau vorhanden ist, aber als eine immerfort, gegen jeden Besitzer der Sache wirksame Last darum nicht anerkannt zu werden braucht, weil sie in den öffentlichen Büchern, wo solche zu diesem Zwecke bestehen, nicht vorkommt.

Die aus den §§. 468, 527 und 1443 hergehohlten Gründe beweisen nicht dagegen, weil diese §§. Fälle voraussetzen, wo das Recht des Uebertragenden auf eine unzweifelhafte Art schon erloschen war, und dieser Umstand dem Uebernehmenden bekannt geworden ist. Dadurch aber, daß Jemand einen in die Augen fallenden Bau unternommen hat, welcher das Eigenthum des Nachbarn beschränkt, hat dieser sein Recht noch nicht verloren, denn selbst derjenige, welcher von dem ihm, im §. 340 eingeräumten Rechte, einen nachtheiligen Bau zu untersagen, keinen Gebrauch machte, hat dadurch wohl den Besitz des unbeschränkten Eigenthumsrechtes, aber nicht das Recht selbst verloren, und er kann dasselbe noch immer durch eine ordentliche Besitz-, oder eine petitorische Klage geltend machen. Daß es nicht in jedem Falle unabänderlich bey dem hergestellten Werke, und insbeson-

---

[1] Das Baurecht, Nr. 161. S. 375.
[2] Erläuterungen zu dem §. 443. Nr. 3.

dere auch nicht bey den durch einen Bau bewirkten Veränderungen bleiben müsse, erhellt ganz unzweifelhaft aus dem §. 1038, vermöge dessen der Eigenthümer von dem Geschäftsführer ohne Auftrag verlangen kann, daß die Sache in den vorigen Stand zurückgesetzt werde.

Die §§. 418 und 419 setzen zwar voraus, daß ein mit eigenen oder mit fremden Materialien auf fremdem Grunde aufgeführtes Gebäude nicht abzureißen sey, um dem Eigenthümer seine Materialien zurück zu stellen: allein diese Begünstigung der Gebäude hat offenbar die Vermeidung des Mißstandes zum Zwecke, welcher daraus entstehen würde, wenn hergestellte Gebäude wieder abgerissen werden müßten. Allerdings wird diese Begünstigung auch jenen Belastungen zu Statten kommen, welche zur Erhaltung eines Gebäudes schlechterdings nothwendig sind, wie z. B. in dem vom Herrn Hofrathe v. Zeiller[1] dargestellten Rechtsfalle der auf dem benachbarten Gebäude ruhende Bogen; allein diese Begünstigung muß, da sie das Eigenthum beschränkt, streng ausgelegt werden, und aus dem Umstande, daß eine Sache bisher belastet war, folgt noch nicht, daß sie auch ferner belastet werden könne, wenn die bisherige Lage der benachbarten Grundstücke zufällig oder absichtlich eine Veränderung erlitten hat, und die Herstellung des eingestürzten oder eingerissenen Gebäudes möglich ist, ohne daß ein benachbartes Grundstück dadurch belästiget wird.

Nur in dem Falle, wo der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes das Recht zur Belastung schon durch Ersitzung erlangt hatte, und dasselbe durch einen in die Augen fallenden Bau dem Erwerber der dienenden Sache kennbar werden mußte, muß sich auch ein Dritter diese Last als Dienstbarkeit ferner gefallen lassen, weil der §. 1500 rücksichtlich eines ersessenen oder verjährten Rechtes für einen Dritten nur dann eine Ausnahme macht, wenn dieser die Sache im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung des ersessenen, oder der Löschung des verjährten Rechtes an sich gebracht hat. Läßt sich also zeigen, daß

---

[1] In seiner Vorbereitung zur neuesten Oesterreichischen Gesetzkunde 3. Bd. S. 148.

der Erwerbende die Sache nicht bloß im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher erworben, sondern von der auf derselben haftenden Dienstbarkeit Kenntniß hatte; so kann die Ersitzung auch gegen ihn geltend gemacht, und in Folge derselben auch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erlangt werden (§. 1498).

Außer dem ist wohl auch nicht zu zweifeln, daß jeder Eigenthümer die Belastungen leiden müsse, welche den Grundstücken aus Polizey-Rücksichten auferlegt werden, ob sie gleich in den öffentlichen Büchern nicht erscheinen, z. B. die Last einen Canal zur Abführung der unreinen Flüssigkeiten zu gestatten. Denn Beschränkungen, welche dem Eigenthümer des allgemeinen Wohles wegen auferlegt werden (§. 364), bedürfen, so wie überhaupt die aus dem öffentlichen Rechte entspringenden Verpflichtungen, nicht erst einer besonderen Erwerbungsart.

Daß viele Fälle vorkommen, wo man wegen des Umstandes, daß eine Belastung durch einen in die Augen fallenden Bau erkennbar wurde, eine Dienstbarkeit auch ohne Eintragung in die öffentlichen Bücher annahm, beweist nicht, daß dieß mit Recht geschehen sey. Es ist ja die Eintragung in die öffentlichen Bücher auch bey den zum Vortheile des Aerariums oder der öffentlichen Behörden ausgestellten Reversen oft vernachlässiget worden, wie aus den Hofdecreten vom 19. November 1818, und 27. April 1820[1] erhellt; allein diese neueren Verordnungen erkennen dessen ungeachtet die Nothwendigkeit derselben an, und so, wie nun den Vertretern des Aerariums eingeschärft worden ist, die Bewirkung der Eintragung in die öffentlichen Bücher nicht zu unterlassen, so wird auch jeder Private, der in dem ihm eingeräumten Rechte sicher seyn will, dieselbe nicht versäumen dürfen.

Außer dem, vom Herrn Hofrathe von Zeiller angegebenen, oben angeführten Grunde rechtfertiget sich die Anordnung des Oesterreichischen Rechtes, Dienstbarkeiten in die öffentlichen Bücher einzutragen, auch dadurch, daß dieß das zweckmäßigste Mittel ist, die Priorität der auf einer Sache haftenden dinglichen Rechte, und dadurch im Collisions-Falle, z. B. bey einem Concurse der Gläubiger, zu bestimmen, in wie fern sich die Hypothekar-

[1] S. mein Handbuch. 2. Bd. S. 153.

Gläubiger die Belastung der Sache mit einer Dienstbarkeit gefallen lassen müssen. Denn daß eine solche Belastung den früheren Hypothekar-Gläubigern nicht zum Nachtheile gereichen darf, folgt aus der Natur der dinglichen Rechte. Müßte also der zur Dienstbarkeit Berechtigte sein Recht aufgeben, weil es mit dem Rechte des früheren Hypothekar-Gläubigers nicht bestehen kann, so bliebe ihm nach der Analogie des §. 1121 nur rücksichtlich der ihm gebührenden Entschädigung das Vorzugsrecht vorbehalten, das ebenfalls wieder aus der Eintragung in die öffentlichen Bücher bestimmt werden müßte.

Bey Sachen, welche kein Gegenstand der öffentlichen Bücher sind, haben die sonst gewöhnlichen Uebergabsarten Statt, welche auch bey unbeweglichen Sachen dort angewendet werden müssen, wo keine zur Eintragung der Servituts-Rechte geeigneten Bücher vorhanden sind, wie in Tyrol und dem Lombardisch-Venetianischen Königreiche.

§. 164.

Allgemeine, bey den Dienstbarkeiten geltende Grundsätze. Natur des Servituts-Rechtes.

(§§. 482 und 483 des b. G. B.)

»Alle Servituten kommen darin überein, daß der Besitzer der dienstbaren Sache in der Regel nicht verbunden ist, etwas zu thun; sondern nur einem Andern die Ausübung eines Rechtes zu gestatten, oder das zu unterlassen, was er als Eigenthümer sonst zu thun berechtiget wäre.« (§. 482).

Diese Bestimmung folgt schon aus dem Begriffe der Dienstbarkeiten (oben §. 158), und ergibt sich auch daraus, daß nach dem Privat-Rechte zu positiven Leistungen nur der verhalten werden kann, welcher sich zu denselben anheischig gemacht hat und dessen Erben, weil sie mit dem Erblasser für eine Person gehalten werden (§. 547), aber nicht ein Dritter, welcher sich dazu nicht verbunden hat. Es gibt zwar positive Leistungen, welche von den Besitzern gewisser Grundstücke, als solchen, gefordert werden können, z. B. die Bezahlung der Grundzinse, Leistung der Zehenten,

der Frohndienste, u. dgl. allein diese auf besondern Grundlagen beruhenden Rechte erhalten ihre Bestimmung nicht im Privatrechte, sondern in den besondern darüber bestehenden politischen Anordnungen, und werden nur in einiger Beziehung, rücksichtlich der Ersitzung nähmlich, den Dienstbarkeiten gleich gesetzt (§. 1469).

Eine Folge des obigen Grundsatzes ist die Regel des §. 483: »Daher muß auch der Aufwand zur Erhaltung und Herstellung der Sache, welche zur Dienstbarkeit bestimmt ist, in der Regel von dem Berechtigten getragen werden.« Denn müßte dieser Aufwand von dem Eigenthümer der dienstbaren Sache bestritten werden, so müßte dieser in der That etwas zum Vortheile eines Andern thun. Es heißt aber: in der Regel, denn eine Ausnahme hiervon wird später bey dem Gebrauchsrechte (§. 508), und zum Theile auch bey der Fruchtnießung (§§. 514 und 515) vorkommen.

»Wenn aber diese Sache auch von dem Verpflichteten benützet wird; so muß er verhältnißmäßig zu dem Aufwande beytragen, und nur durch die Abtretung derselben an den Berechtigten kann er sich, auch ohne dessen Beystimmung, von dem Beytrage befreyen.«

Der Berechtigte und der Verpflichtete müssen zu dem Aufwande beytragen, wenn sie Beyde die Sache benützen, weil überhaupt die mit der Benützung einer Sache verbundenen Lasten von jenen getragen werden müssen, welche davon den Vortheil haben. Wäre aber der Vortheil, welcher dem Eigenthümer übrig bleibt, so gering, daß er mit dem zur Erhaltung der Sache nothwendigen Aufwande in keinem Verhältnisse steht; so kann er sich von diesem Beytrage befreyen, wenn er die dienstbare Sache an den Berechtigten abtritt; dieser kann sich dadurch nicht beschwert halten, es bedarf daher auch nicht seiner Einwilligung, weil er dadurch noch ein ausgedehnteres Recht auf die Sache erlangt, und natürlich nur in so weit etwas für dieselbe verwenden wird, als ihm an der Erhaltung der Sache gelegen ist.

§. 165.

Wie die Dienstbarkeiten auszuüben sind.

(§. 484 des b. G. B.)

»Der Besitzer des herrschenden Gutes kann zwar sein Recht auf die ihm gefällige Art ausüben;« also z. B. auf dem ihm zugestandenen Wege zu jeder Zeit, allein, oder mit Andern gehen; in dem Walde, wo ihm das Jagdrecht zusteht, auf dieser oder jener Seite jagen, u. dgl.; »doch dürfen Servituten nicht erweitert, sie müssen vielmehr, in so weit es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden.«

Die eigenmächtige Erweiterung wäre ein Eingriff in fremdes Eigenthum. Hieraus ergibt sich, daß die Dienstbarkeit auf die für den Eigenthümer der Sache am wenigsten lästige Art ausgeübt werden muß, und daß sie immer in der Natur und dem Zwecke derselben ihre natürlichen Gränzen hat, so, daß die Last des dienenden Gutes vermindert wird, wenn der Zweck dessen ungeachtet erreicht werden kann, ja, daß sie ganz aufhört, wenn der Zweck wegfällt. Eine Wasserleitung z. B., welche zum Behufe der Springbrunnen eines Gartens zugestanden war, wird beschränkt werden, wenn man einige dieser Springbrunnen nicht mehr benützt, und sie wird ganz aufhören, wenn dieselben ganz eingingen. Aus dem Vorhandenseyn einer Dienstbarkeit folgt also noch nicht, daß man sie auch willkürlich beybehalten kann, und der zur Dienstbarkeit Berechtigte hat in so fern nicht gleiche Befugniß mit dem Eigenthümer, der seine Sache behalten kann, wenn sie ihm auch gar keinen Nutzen gewährt. So erlischt auch die Dienstbarkeit durch den Nichtgebrauch, weil sie ein in einer fremden Sache ausgeübtes Recht ist: der Eigenthümer kann aber seine Sache gebrauchen, oder durch was immer für eine Zeit unbenützt lassen, denn er übt dieses Recht in einer Sache aus, über welche ihm das ausschließende Recht zusteht.

§. 166.

Untheilbarkeit der Dienstbarkeiten.

(§. 485 des b. G. B.)

Die Dienstbarkeiten sind im doppelten Sinne untheilbar. Erstens: »läßt sich keine Servitut eigenmächtig von der dienstbaren Sache absondern, noch auf eine andere Sache oder Person übertragen.«

Dieß ergibt sich schon daraus, daß man die zum Vortheile eines Andern übernommenen Beschränkungen, oder die von Andern zugestandenen Berechtigungen nicht willkürlich abändern kann. Daher können auch Dienstbarkeiten im Falle des Concurses der Gläubiger nicht besonders classificirt werden, sondern sie bleiben auf dem Gute haften, nur müssen sie bey der Schätzung des Gutes berücksichtiget werden, weil sie den Werth desselben für jeden Besitzer vermindern [1].

Sie können wegen dieser Untheilbarkeit auch nicht zum Pfande bestellt werden, denn der Gläubiger kann nie die abgesonderte Veräußerung derselben bewirken, folglich aus denselben seine Befriedigung nicht erhalten.

»Auch wird jede Servitut in so fern für untheilbar gehalten, als das auf dem Grundstücke haftende Recht durch Vergrößerung, Verkleinerung oder Zerstückung desselben weder verändert, noch getheilt werden kann.«

Die Dienstbarkeit umfaßt also als eine der Sache inhärirende Eigenschaft, das Ganze und jeden Theil derselben; sie bleibt demnach unverändert, so lange sie noch in einem Theile der Sache fortbestehen kann, und leidet durch die Theilung keine Abänderung, weil die Theilung nur die Theilgenossen verbindet. Die Theilnehmer des herrschenden Gutes sind also zur ungetheilten Hand berechtiget, und die Ausübung der Dienstbarkeit steht allen Theilnehmern zu, wenn die Dienstbarkeit von der Art ist, daß das dienende Gut dadurch nicht stärker belastet wird, wie dieß z. B. bey dem Rechte der Aussicht, des Weges, des Wasserschöpfens ꝛc.

---

[1] Hofdecret vom 19. Julius 1792 lit. a. S. mein Handb. 2. B. S. 192.

der Fall seyn kann. Ginge dieß aber der Natur der Dienstbarkeit nach nicht an, z. B. bey dem Weiderechte; so müßte jeder Theilhaber als Berechtigter zur ungetheilten Hand angesehen werden (§. 892 und 895). Eben so sind die Theilhaber des dienenden Gutes als Mitschuldner zur ungetheilten Hand zu betrachten, es müssen sich daher Alle zusammen, oder jeder Einzelne für sich, die Ausübung der Dienstbarkeit, nach der Willkür des Berechtigten, gefallen lassen (§. 891).

§. 167.

Verhältniß mehrerer zur Dienstbarkeit Berechtigten.

(§. 486 des b. G. B.)

»Ein Grundstück kann mehreren Personen zugleich dienstbar seyn,« und zwar auf die nähmliche, oder auf verschiedene Art. Das Letzte ist von selbst einleuchtend, denn wer zweifelt daran, daß in der nähmlichen Sache dem Einen das Weiderecht, einem andern der Fußsteig, u. dgl. bewilliget werden könne. Aber auch das Erste unterliegt keinem Anstande, wenn die Dienstbarkeit von der Art ist, daß sie Mehreren ohne Beeinträchtigung der Rechte des Einen durch den Andern zu Guten kommen kann, z. B. der Weg, oder der Viehtrieb. Geht aber dieß nicht an; so hat nach der Natur eines dinglichen Rechtes der früher Berechtigte den Vorzug, denn er kann sein Recht gegen jedermann, folglich auch gegen einen späteren Mitberechtigten ausüben. Daher setzt der §. 486 der obigen Regel die Beschränkung bey: »wenn anders die ältern Rechte eines Dritten nicht darunter leiden.«

Aus eben diesem Grunde kann auch die spätere Bestellung einer Dienstbarkeit den früheren Pfandgläubigern keinen Eintrag thun. Wenn also die mit einer Dienstbarkeit beschwerte Sache nur um einen solchen Preis an Mann gebracht werden könnte, daß die früheren Pfandgläubiger dadurch ihre Befriedigung nicht erhalten würden; so sind diese berechtiget, auf die Veräußerung derselben ohne Last der Dienstbarkeit zu dringen, denn offenbar wäre sonst die Dienstbarkeit auf ihre Kosten bestellt, und das Pfandrecht, welches sich ebenfalls auf die ganze Sache und alle

Theile derselben erstreckt, dadurch beeinträchtiget worden. Es müßte demnach in dem Falle, wo für die Pfandgläubiger ein Nachtheil zu besorgen ist, eine doppelte Schätzung des in Execution gezogenen Gutes gemacht werden; eine ohne Rücksicht auf die Dienstbarkeit, und die andere mit Rücksicht auf dieselbe, damit der Verkauf nach jener vorgenommen werden könne, wenn er nach dieser nicht so viel einbringen würde, daß die dem Berechtigten vorgehenden Gläubiger aus dem Kaufschillinge befriediget werden könnten. Dem zur Dienstbarkeit Berechtigten bliebe, wenn er sein Recht aufgeben müßte, wie schon oben (§. 163, S. 284) bemerkt wurde, bloß vorbehalten aus dem, was nach der Befriedigung der vorausgehenden Pfandgläubiger erübriget, nach dem Range seines Rechtes die Entschädigung zu begehren.

§. 168.

Anwendung dieser Grundsätze, I. auf die Grunddienstbarkeiten, und zwar: a. auf das Recht, eine fremde Mauer zu benützen.

(§. 487 des b. G. B.)

»Nach den hier aufgestellten Grundsätzen sind die Rechtsverhältnisse bey den besondern Arten der Servituten zu bestimmen. Wer also die Last des benachbarten Gebäudes zu tragen; die Einfügung des fremden Balkens an seiner Wand; oder, den Durchzug des fremden Rauches in seinem Schorsteine zu dulden hat; der muß verhältnißmäßig zur Erhaltung der dazu bestimmten Mauer, Säule, Wand oder des Schorsteines beytragen. Es kann ihm aber nicht zugemuthet werden, daß er das herrschende Gut unterstützen oder den Schorstein des Nachbars ausbessern lasse.« Wollte er den zur Herstellung nöthigen Beytrag nicht leisten; so könnte er sich nur dadurch davon befreyen, daß er die Mauer, Säule oder Wand, in so fern sie zur Ausübung der Dienstbarkeit nothwendig ist, dem Berechtigten abtrete (§. 483). Die Verbindlichkeit, die Sache abzutreten, erstreckt sich in einem solchen Falle auch auf die aus der eingestürzten Mauer vorhandenen Materialien, in so fern sie zur Wiederher-

stellung derselben verwendet werden können, denn das Recht auf das Ganze, begreift auch das Recht auf dessen Theile. Daß aber der Eigenthümer in dem Falle, wo er dem Berechtigten seine Mauer abtritt, auch den Grund abtreten müsse, auf welchem sie steht, läßt sich nicht darthun, indem das Recht, eine Mauer auf fremdem Grunde zu haben, sehr wohl bestehen kann. Die §§. 1147 und 1150 zeigen, daß die Benützung der Oberfläche überhaupt von dem Eigenthume des Grundes ganz oder theilweise getrennt werden kann, und aus eben diesen Paragraphen ist zugleich ersichtlich, welchen Vortheil der Vorbehalt des Eigenthums des Grundes mit sich bringt. In den §§. 417 — 419 ist wohl der Grundsatz ausgesprochen, daß bey dem Zuwachse das Gebäude dem Eigenthümer des Grundes zufällt, aber hieraus läßt sich nicht folgern, daß der Boden in jedem Falle dem Eigenthümer des Gebäudes gehöre [1].

§. 169.

b. Auf das Fensterrecht.

(§. 488 des b. G. B.)

Das Fensterrecht besteht in der Befugniß, ein Fenster in der fremden Wand zu haben, um durch dasselbe Licht oder Aussicht zu genießen (§. 475), oder auch den Luftzug dadurch zu befördern. In der eigenen Wand kann man vermöge des Eigenthumsrechtes Fenster nach Belieben öffnen, wenn sie auch die Aussicht in ein fremdes Grundstück gewähren. Aber auch dem Nachbar steht der Regel nach frey, auf seinem Grunde zu bauen oder zu pflanzen, wenn auch das Licht oder die Aussicht durch das benachbarte Fenster dadurch gehindert wird. Der Eigenthümer des Fensters, welcher gegen das Verbauen des Fensters gesichert seyn will, kann dieß nur dadurch bewirken, daß er sich die Dienstbarkeit, dem herrschendem Gebäude Licht und Luft, oder die Aussicht nicht zu benehmen (§. 476), bestellen lasse.

»Das Fensterrecht gibt nur auf Licht und Luft Anspruch; die Aussicht muß besonders bewilliget werden. Wer

---

[1] Vergl. Schuster's Baurecht, Nr. 86, S. 189, und Nippel's Erläuterungen zu dem §. 487, Nr. 2.

kein Recht zur Aussicht hat, kann angehalten werden, das Fenster zu vergittern. Mit dem Fensterrechte ist die Schuldigkeit verbunden, die Oeffnung zu verwahren; wer diese Verwahrung vernachlässiget, haftet für den daraus entstehenden Schaden.«

Diese Anordnungen ergeben sich aus dem Grundsatze, daß jede Servitut streng auszulegen ist, und in so weit es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestatten, eingeschränkt werden muß (§. 484). Ein Fenster, welches nur des Lichtes und der Luft wegen eingeräumt ist, kann in einer solchen Höhe angebracht werden, daß der Zugang zu demselben nicht wohl thunlich ist; soll es zur Aussicht dienen, so muß man auch bequem hinzugehen können. Ein Gitter hindert das Licht und die Luft nicht, wohl aber die Aussicht. Die Oeffnung muß verwahrt werden, damit das dienende Gut nicht der Gefahr der Unsicherheit ausgesetzt werde. Daß mit dem Fensterrechte schon an und für sich das Recht verbunden sey, zu verlangen, daß der Genuß des Lichtes und der Luft, oder der Aussicht durch neue Anlagen und Bauten nicht geschmälert werde[1], läßt sich wohl in Beziehung auf das dienende Gut behaupten, weil jede Dienstbarkeit nach dem Zwecke ihrer Bestellung ausgeübt werden kann (§. 484); aber nicht in Beziehung auf einen Dritten, welcher an der Bestellung der Dienstbarkeit keinen Theil genommen hat.

§. 170.

c. Auf das Recht der Dachtraufe und der Ableitung des Regenwassers.

(§§. 489 — 491 des b. G. B.)

Das Recht der Dachtraufe kann als bejahende oder verneinende Dienstbarkeit vorkommen; als bejahende besteht es in der Befugniß, die Dachtraufe auf fremden Grund zu leiten (§. 475), d. i. zu machen, daß sie auf fremden Grund fließe: als verneinende besteht sie in der Befugniß zu verlangen, daß der Nachbar das Wasser von seinem Dache dem Eigenthümer des herrschenden Gutes zur Benützung überlasse (§. 476).

---

[1] Zeiller's Commentar zu dem §. 488. Nr. 3.

»Wer das Recht der Dachtraufe (als bejahende Dienstbarkeit) besitzt, kann das Regenwasser auf das fremde Dach frey oder durch Rinnen abfließen lassen; er kann auch sein Dach erhöhen; doch muß er solche Vorkehrungen treffen, daß dadurch die Dienstbarkeit nicht lästiger werde. Eben so muß er häufig gefallenen Schnee zeitig hinwegräumen, wie auch die zum Abflusse bestimmten Rinnen unterhalten.« (§. 489.)

Die Erhöhung des Daches ist für das dienende Gut nicht gleichgültig, weil die Schwerkraft des abfließenden Wassers dadurch vermehrt wird, es ist also durch Ableitungsrinnen oder Zwischendächer dafür zu sorgen, daß die Dienstbarkeit dadurch nicht lästiger werde. Eben darum muß auch der Schnee zeitig weggeschafft werden, weil sonst durch das Abrollen desselben das dienende Gut beschädiget werden könnte.

Wer das Recht der Dachtraufe als verneinende Dienstbarkeit ausübt, d. h.: »Wer das Recht hat, das Regenwasser von dem benachbarten Dache auf seinen Grund zu leiten, hat die Obliegenheit, für Rinnen, Wasserkästen und andere dazu gehörige Anstalten die Auslagen allein zu bestreiten.« (§. 490). Denn diese Vorrichtungen bestehen, wie vorausgesetzt wird, bloß zu seinem Vortheile.

»Erfordern die abzuführenden Flüssigkeiten Gräben und Canäle; so muß sie der Eigenthümer des herrschenden Grundes errichten; er muß sie auch ordentlich decken und reinigen, und dadurch die Last des dienstbaren Grundes erleichtern.« (§. 491).

Diese Anordnungen beziehen sich auf das Recht, Flüssigkeiten auf des Nachbarn Grund zu gießen, oder sie durch denselben abzuleiten (§§. 475 und 477).

Gräben und Canäle sind in diesem Falle bloß zum Vortheile des herrschenden Gutes da, sie müssen also auch von dem Eigenthümer desselben hergestellt und erhalten werden. Ihm liegt auch die Verpflichtung ob, dafür zu sorgen, daß die Dienstbarkeit auf die am mindesten lästige Art ausgeübt werde (§. 484).

Nach diesen Beyspielen kann die Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die übrigen gewöhnlichen Haus-Servituten leicht gemacht werden.

§. 171.

d) Auf das Recht des Fußsteiges, des Viehtriebes und Fahrweges.

(§§. 492—496 des b. G. B.)

»Das Recht des Fußsteiges begreift das Recht in sich, auf diesem Steige zu gehen, sich von Menschen tragen, oder andere Menschen zu sich kommen zu lassen. Mit dem Viehtriebe ist das Recht, einen Schiebkarren zu gebrauchen; und, mit dem Fahrwege das Recht, mit Einem oder mehreren Zügen zu fahren verbunden« (§. 492).

»Hingegen kann, ohne besondere Bewilligung, das Recht zu gehen, nicht auf das Recht, zu reiten, oder sich durch Thiere tragen zu lassen; weder das Recht des Viehtriebes auf das Recht, schwere Lasten über den dienstbaren Grund zu schleifen; noch das Recht zu fahren, auf das Recht, frey gelassenes Vieh darüber zu treiben, ausgedehnet werden« (§. 493).

Diese Verfügungen fließen theils aus dem Begriffe dieser Befugnisse, und dem Zwecke ihrer Bestellung, theils aus dem Grundsatze, daß der Berechtigte zwar sein Recht auf die ihm gefällige Art ausüben, aber nicht willkührlich zur Belastung des dienstbaren Gutes erweitern dürfe (§. 484).

Diese Dienstbarkeiten geben zugleich Beyspiele, wie eine Servitut ganz verschiedene, für sich bestehende Arten der Ausübung in sich begreifen kann, welche aber einzeln für sich hinreichen, um sich im Besitze der Dienstbarkeit in ihrem ganzen Umfange zu erhalten, und sich gegen die Verjährung zu schützen. So wird z. B. derjenige, der den Fußsteig durch was immer für eine Zeit nur dazu benutzte, daß er bloß andere Menschen auf demselben zu sich kommen ließ, im ganzen Umfange im Besitze des Rechtes des Fußsteiges bleiben (§. 1482). Anders ist es, wenn eine Befugniß bloß als Mittel zur Ausübung eines andern

Rechtes zusteht (adminiculum servitutis), z. B. der Zugang rücksichtlich des Rechtes, Wasser zu schöpfen. Hier liegt in dem Hingehen noch nicht die Ausübung des Rechtes, Wasser zu schöpfen, es kann also auch, ungeachtet jener Handlung eine Nichtausübung der erwähnten Dienstbarkeit, und in Folge derselben die Verjährung Statt finden.

Da überhaupt der Aufwand zur Herstellung und Erhaltung der dienstbaren Sache sowohl von dem Berechtigten, als von dem Verpflichteten, wenn dieser die Sache ebenfalls benützt, bestritten werden muß; so gilt das Nähmliche auch bey diesen Dienstbarkeiten, und der §. 494 verordnet hierüber: Zur Erhaltung des Weges, der Brücken und Stege tragen verhältnißmäßig alle Personen oder Grundbesitzer, denen der Gebrauch derselben zusteht, folglich auch der Besitzer des dienstbaren Grundes, so weit bey, als er davon Nutzen zieht.«

In dem §. 495 heißt es weiter: »Der Raum für diese drey Servituten (des Fußsteiges, Fahrweges, und Viehtriebes) muß dem nöthigen Gebrauche und den Umständen des Ortes angemessen seyn.«

Wie viel Raum zur Ausübung dieser Dienstbarkeiten erforderlich sey, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen, weil die besondern Umstände, ob nähmlich der Weg nur in Einer oder auch in entgegen gesetzten Richtungen benützt wird; ob er gerade fortgeht, oder Krümmungen hat; wie viel und was für Vieh getrieben zu werden pflegt; was für ein Fuhrwerk gewöhnlich ist, u. dgl. hierauf wesentlich Einfluß haben.

»Werden Wege und Steige durch Ueberschwemmung oder durch einen andern Zufall unbrauchbar; so muß, bis zur Herstellung in den vorigen Stand, wenn nicht schon die politische Behörde eine Vorkehrung getroffen hat, ein neuer Raum angewiesen werden.«

Diese Anordnung hat ihren Grund darin, daß diese Dienstbarkeiten gewöhnlich des Bedürfnisses wegen bestellt sind, daher die Benützung eines Grundstückes, oder eines Gutes gehemmt

würde, wenn nicht durch Anweisung eines andern Raumes für die Fortsetzung derselben gesorgt wäre. Die politische Behörde hat nur in so weit Vorkehrung zu treffen, als es sich um Abwendung einer weiteren Gefahr handelt, aber das des Privat-Vortheils wegen behauptete Recht muß bey der Gerichtsbehörde geltend gemacht werden.

§. 172.

e) Auf das Recht Wasser zu schöpfen, und Wasser ab- und herzuleiten.

(§§. 496 und 497 des b. G. B.)

»Mit dem Rechte, fremdes Wasser zu schöpfen, wird auch der Zugang zu demselben gestattet.« Denn der Zugang ist ein nothwendiges Mittel zur Ausübung jenes Rechtes, folglich in demselben begriffen. Das Nähmliche gälte bey der Dienstbarkeit, das Vieh aus fremdem Wasser zu tränken.

Ueber das Recht der Wasserleitung bestimmt der §. 497: »Wer das Recht hat, Wasser von fremdem Grunde auf den seinigen; oder von seinem Grunde auf fremden zu leiten, ist auch berechtigt, die dazu nöthigen Röhren, Rinnen und Schleußen auf eigene Kosten anzulegen. Das nicht zu überschreitende Maß dieser Anlagen wird durch das Bedürfniß des herrschenden Grundes festgesetzt.«

Diese Verfügung ergibt sich aus dem Grundsatze des §. 482. Unter Bedürfniß ist aber nicht die strenge Nothwendigkeit, sondern nur das Maß zu verstehen, welches sich aus der Natur und dem Zwecke der Dienstbarkeit ergibt.

§. 173.

f) Auf das Weiderecht.

(§. 498 des b. G. B.)

Das Weide-, oder wie es auch genannt wird, Huthrecht (servitus pascendi) besteht in dem dinglichen Rechte, Vieh auf fremdem Grunde zu weiden. Es kann auf verschiedene Art Statt finden, die Art und der Umfang desselben wird nach folgender Regel bestimmt: »Ist bey Erwerbung des Weide-

rechtes die Gattung und die Anzahl des Triebviehes; ferner, die Zeit und das Maß des Genusses nicht bestimmt worden; so ist der ruhige dreyßigjährige Besitz zu schützen. In zweifelhaften Fällen dienen folgende Vorschriften zur Richtschnur.«

Es kommt also zuerst auf die ausdrückliche, bey der Bestellung gemachte Bestimmung an, denn jedes von dem Willen eines Andern abgeleitete Recht kann nur in so fern erworben werden, als es der Vormann übertragen zu wollen, erklärt hat. Mangelt es an einer ausdrücklichen Bestimmung, so entscheidet der dreyßigjährige Besitz, da ein solcher Besitz die Vermuthung eines rechtmäßigen Titels begründet (§. 1477). Für die Fälle aber, wo diese Entscheidungs-Normen mangeln, gibt das Gesetz besondere Vorschriften, welche in den nachfolgenden Paragraphen enthalten sind.

§. 174.

aa) Bestimmung rücksichtlich der Gattung des Triebviehes.

(§. 499 des b. G. B.)

»Das Weiderecht erstrecket sich, in so weit die politischen, und im Forstwesen gegebenen Verordnungen nicht entgegenstehen, auf jede Gattung von Zug-, Rind- und Schafvieh, aber nicht auf Schweine und Federvieh; eben so wenig in waldigen Gegenden auf Ziegen.«

Das Weiderecht ist in so fern als ein untergeordnetes Recht anzusehen, als nicht anzunehmen ist, daß jemand durch Bestellung desselben auf die wichtigere Benutzung, welche in Aeckern und Wäldern der Natur der Grundstücke nach gewöhnlich ist, habe Verzicht leisten wollen. Da nun diese Benützung auch für das Allgemeine von größter Wichtigkeit ist, so wird sie durch besondere politische Anordnungen, dergleichen die Forstgesetze sind, gesichert, und das Weiderecht in dieser Rücksicht beschränkt.

So bestimmen die politischen Vorschriften, daß der Vieh-

trieb auf nasse Wiesen zu keiner Zeit gestattet werde[1], weil dadurch der Graswuchs gehindert, folglich die gewöhnliche Benützung derselben ganz wegfallen, oder wenigstens sehr vermindert würde.

Ferner ist der Eintrieb des Hornviehes in junge Maisse so lange verbothen, als die Gipfel der jungen Bäume durch das Abreissen beschädiget werden können[2]. Schweine und Federvieh dürfen gar nicht, Ziegen nicht in waldigen Gegenden auf die Weide gebracht werden, da jene Thiere den Boden aufwühlen, die Ziegen aber die Rinde der Bäume abnagen.

Die Benützung der Eicheln oder Buchnüsse kann der Gegenstand einer besondern Dienstbarkeit, nähmlich des Mastrechtes seyn, auch dieses muß aber dann auf eine den Wäldern am wenigsten schädliche Art ausgeübt werden[3].

»Unreines, ungesundes und fremdes Vieh ist stets von der Weide ausgeschlossen; jenes, weil dadurch die Weide für den Eigenthümer selbst unbrauchbar oder gefährlich würde; dieses, weil nach dem Begriffe der Grunddienstbarkeiten dieselben nur zum Vortheile des herrschenden Gutes, d. i. des Eigenthümers desselben, in so fern er die dienstbare Sache unmittelbar für sich verwendet, nicht aber zum Vortheile Anderer, oder zum mittelbaren Nutzen, welchen sich der Eigenthümer etwa für die Ueberlassung der Ausübung des Weiderechtes an Andere verschaffen wollte, bestellt ist.

§. 175.

bb) Rücksichtlich der Anzahl.

(§. 500 des b. G. B.)

»Hat die Anzahl des Triebviehes während der letzten dreyßig Jahre abgewechselt; so muß aus dem Triebe der drey ersten Jahre die Mittelzahl angenommen werden;«

---

[1] Verordnung vom 14. Januar 1775. S. mein Handbuch 2. Bd. S. 192.

[2] Waldordnung für Nieder-Oesterreich §. 16. Ebend.

[3] S. dieselbe Waldordnung §. 18.

d. i. die Zahl, welche gefunden wird, wenn die Summe aller drey Jahre durch drey dividirt wird. Die ersten Jahre werden zum Maßstabe genommen, weil vorauszusetzen ist, daß die Dienstbarkeit in den ersten Jahren dem Willen der Parteyen gemäß ausgeübt worden ist.

»Erhellet auch diese (die Mittelzahl) nicht, so ist theils auf den Umfang, theils auf die Beschaffenheit der Weide billige Rücksicht zu nehmen, und dem Berechtigten wenigstens nicht gestattet, daß er mehr Vieh auf der fremden Weide halte, als er mit dem auf dem herrschenden Grunde erzeugten Futter durchwintern kann.«

Der Umfang und die Beschaffenheit der Weide muß, wenn die Anzahl des Triebviehes nicht nach der vorhergehenden Regel bestimmt werden kann, zum Maßstabe dienen, weil vorauszusetzen ist, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes es nur so weit belasten wollte, als es die Natur desselben gestattet, und der Zweck der Dienstbarkeit fordert. Insbesondere gibt der Umstand, wie viel Vieh der Berechtigte mit dem auf dem herrschenden Gute erzeugten Futter durchwintern kann, eine der Natur der Sache angemessene Beschränkung, da die Grunddienstbarkeit nur mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des herrschenden Gutes bestellt seyn kann.

»Säugevieh wird nicht zur bestimmten Anzahl gerechnet,« denn es ist eigentlich Zugehör der Mutterthiere, und wird nicht unmittelbar von der Weide genähret.

§. 176.

cc) Rücksichtlich der Triftzeit.

(§. 501 des b. G. B.)

Ueber die Triftzeit, d. i. die Zeit, wann das Weiderecht ausgeübt werden kann, lassen sich nicht wohl detaillirte, für alle Fälle geltende Bestimmungen geben, da es hierbey auf die klimatischen, Local- und gewöhnlichen Cultur-Verhältnisse ankommt, und die Regulirung derselben gewöhnlich durch den Gebrauch am zweckmäßigsten geschehen ist. Daher der §. 501 auch ausdrücklich

darauf hinweist: «Die Triftzeit wird zwar überhaupt durch den in jeder Feldmarke eingeführten unangefochtenen Gebrauch bestimmt;« jedoch die Beschränkung beygesetzt: »allein in keinem Falle darf der vermöge politischer Bestimmungen geordnete Wirthschaftsbetrieb durch die Behüthung verhindert oder erschweret werden.«

Diesem gemäß wurde auch laut des Hofkanzleydecrets vom 24. März 1819 [1] das Abweiden der Saaten durch Viehherden allgemein verbothen, wenn es wider den Willen des Eigenthümers geschieht, und nicht Privat-Verträge, Urbarien oder sonstige Rechtstitel eine solche Beweidung gestatten. Durch Allerhöchste Entschließung vom 2. May 1831 wurde dieses Verboth gleicher Maßen auf das Abweiden der Wiesen ausgedehnt [2].

§. 177.

dd) Rücksichtlich der Benützungsart.

(§. 502 des b. G. B.)

»Der Genuß des Weiderechtes erstreckt sich auf keine andere Benutzung. Der Berechtigte darf weder Gras mähen, noch in der Regel den Eigenthümer des Grundstückes von der Mitweide ausschließen, am wenigsten aber die Substanz der Weide verletzen. Wenn ein Schade zu befürchten ist, muß er sein Vieh von einem Hirten hüthen lassen.«

Auch diese Anordnungen ergeben sich aus den Grundsätzen des §. 484. Andere Benutzungen des Grundstückes, z. B. zum Bleichen der Leinwand, Trocknen der Wäsche u. dgl., sind dem Sprachgebrauche nach nicht in der Weide begriffen. Das Mähen des Grases ist für den Eigenthümer viel nachtheiliger, als das Abweiden, weil das gemähte Gras langsamer nachwächst. Dem Eigenthümer ist der Regel nach das Recht der Mitweide vorbehalten, weil anzunehmen ist, daß er die Benützung seiner eige-

---

[1] S. mein Handbuch 2. Bd. S. 193.

[2] Circulare der N. Oesterr. Regierung vom 26. May 1831.

nen Sache nicht gänzlich aufgegeben habe. Leidet die Weide eine Verminderung; so muß in dem Falle, wo das Weiderecht dem Nachbar hinsichtlich einer bestimmten Anzahl Viehes zusteht, der Eigenthümer den Nachtheil tragen, wenn er auch dadurch des Rechtes auf seiner eigenen Wiese zu weiden verlustig wird, denn der Berechtigte kann sein Recht gegen jedermann, folglich auch gegen den Eigenthümer der Weide ausüben, und der §. 485 enthält ausdrücklich, daß ein auf dem Grundstücke haftendes Recht durch Verkleinerung desselben nicht vermindert werde [1].

Kommt aber dem Berechtigten das Weiderecht nicht für eine bestimmte Anzahl des Triebviehes zu, so kann die Verminderung der Weide verhältnißmäßig auch auf sein Recht Einfluß haben, da in dem Falle, wo die Anzahl des Triebviehes nicht bestimmt ist, auf den Umfang der Weide billige Rücksicht genommen werden muß (§. 500).

Die Substanz der Weide darf nicht z. B. durch Rasen stechen, Torf graben u. dgl. verletzt werden, weil dieß eine ganz andere Benutzung ist. Ein Hirt ist dann nothwendig, wenn für

---

[1] Herr Landrath Nippel (Erläuterungen des §. 502, Nr. 2) ist der entgegengesetzten Meinung, weil die bejahende Dienstbarkeit des Weiderechtes nicht auch die verneinende, den Eigenthümer auszuschließen, in sich begreife, und zwischen dem Eigenthümer und dem Berechtigten ein ähnliches Verhältniß eintrete, wie bey den Gläubigern, welche das Pfandrecht zugleich erworben haben.

Allein man braucht nach der oben im Texte angenommenen Meinung bey der Ausübung der bejahenden Dienstbarkeit des Weiderechtes nicht zugleich eine verneinende vorauszusetzen, sondern die Ausschließung des Eigenthümers folgt schon aus der Ausübung des bejahenden Rechtes, wenn die Weide nicht für Beyde zureicht. Das Verhältniß des Eigenthümers und des Berechtigten ist keineswegs dem mehrerer Pfandgläubiger, die ihr Recht zugleich erlangt haben, ähnlich, denn es kommen hier nicht gleichartige, sondern ganz verschiedene Rechte in Betrachtung, das Eigenthum nähmlich und das Servituts-Recht, und es tritt hier vielmehr ein gleiches Verhältniß ein, wie bey dem Pfandrechte Statt findet, wenn bey dem Pfandrechte der Eigenthümer seine Sache dem Gläubiger ganz überlassen muß, weil sie zu dessen Befriedigung nothwendig ist.

die benachbarten Aecker oder Weingärten ꝛc. Schade zu befürchten ist.

§. 178.

Ausdehnung der vorstehenden Bestimmungen auf andere Dienstbarkeiten.

(§. 503 des b. G. B.)

»Was bisher in Rücksicht auf das Weiderecht vorgeschrieben worden, ist verhältnißmäßig auch auf die Rechte des Thierfanges, des Holzschlages, des Steinbrechens und die übrigen Servituten anzuwenden.«

Das Gesetz läßt sich in eine Auseinandersetzung der übrigen, im §. 477 erwähnten Feld-Servituten nicht ein, weil sich aus der Benennung und dem Zwecke derselben leicht entnehmen läßt, worin sie bestehen. Kommt es aber auf die Art, die Zeit und den Umfang der Ausübung an, so ist nach den vorausgehenden, über das Weiderecht gegebenen Regeln, zu entscheiden, weil diese Befugnisse mit demselben das gemein haben, daß sie in einer fremden Sache bloß zu einem bestimmten Zwecke ausgeübt werden.

Daß übrigens bey dem Rechte, Holz zu fällen, zu jagen, zu fischen, auch wenn sie als Dienstbarkeiten ausgeübt werden, die Forst- und Jagdgesetze zu beobachten sind, versteht sich von selbst, und ergibt sich insbesondere auch aus dem §. 501.

»Glaubt jemand diese Rechte auf das Miteigenthum gründen zu können; so sind die darüber entstehenden Streitigkeiten nach den, in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthumes, enthaltenen Grundsätzen zu entscheiden« (§. 503).

Es kommt bey der Anwendung wesentlich darauf an, ob diese Rechte aus dem Servituts-Rechte, oder aus dem Miteigenthume abgeleitet werden, denn der Servituts-Berechtigte übt sein Recht in dem Umfange aus, wie es ihm eingeräumt wurde, ohne daß ihm der Regel nach die Vermehrung der aus der Sache überhaupt entstehenden Nutzungen Vortheil, oder die Verminderung derselben Nachtheil bringt. Der Miteigenthümer hingegen

nimmt an allen Verbesserungen und Verschlimmerungen der Sache Theil, und wird dem zu Folge bald besser, bald übler daran seyn, als der Servituts-Berechtigte. Da nun jeder, der einen Antheil an einer gemeinschaftlichen Sache anspricht, sein Recht beweisen muß (§. 827); so ist die Ausübung einzelner Befugnisse in einer Sache so lange als Folge einer Dienstbarkeit anzusehen, als nicht dargethan wird, daß sie aus einem Miteigenthume entspringe.

§. 179.

II. Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die persönlichen Dienstbarkeiten, und zwar 1. auf das Gebrauchsrecht.

(§. 504 des b. G. B.)

Als die ihrer Natur nach persönlichen Dienstbarkeiten wurden im §. 478 genannt: das Recht des Gebrauches, der Fruchtnießung und der Wohnung. Diese Ausdrücke müssen in dem ausdrücklich bestimmten Sinne derselben genommen werden, welcher als der eigenthümliche so lange beyzubehalten ist, als nicht eine andere Bedeutung nachgewiesen werden kann (§§. 6, 655 und 914). Es ist aber allerdings gestattet, etwas von den gesetzlichen Bestimmungen Abweichendes festzusetzen. Daher die Regel des §. 504: »Die Ausübung persönlicher Servituten wird, wenn nichts Anderes verabredet worden ist, nach folgenden Grundsätzen bestimmt: und zwar 1. in Beziehung auf das Gebrauchsrecht ist der gesetzliche Begriff folgender: »Die Servitut des Gebrauches besteht darin, daß jemand befugt ist, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Substanz, bloß zu seinem Bedürfnisse zu benützen.«

Gebrauch und Fruchtnießung werden wohl auch in der deutschen Sprache, so wie in der lateinischen die Wörter: usus und ususfructus in dem Sinne unterschieden, daß unter jenem die Benützung der Sache selbst, ohne die Nutzungen derselben abzusondern; unter dieser aber der Genuß der Früchte und Nutzungen verstanden wird (s. oben §. 148, S. 247); allein eigentlich heißt Gebrauch die Verwendung einer Sache zu seinen Bedürfnissen; Fruchtnießung aber der Gebrauch oder Genuß der Früchte

oder des Ertrages einer Sache überhaupt [1]. Beyde Begriffe bezeichnen also nicht sowohl etwas der Gattung, sondern vielmehr dem Umfange nach Verschiedenes, und in diesem Sinne wurden diese Ausdrücke hier beybehalten.

Das Recht des Gebrauches und das Recht der Fruchtnießung haben also das mit einander gemein, daß sie auf eine Benützung der Sache gehen, ohne die Substanz derselben zu verändern; sie unterscheiden sich aber dadurch, daß der Gebrauch auf das Bedürfniß beschränkt ist, die Fruchtnießung aber den Genuß der Sache ohne alle Einschränkung in sich begreift (§. 509).

§. 180.

Umfang des Gebrauchsrechtes.

(§§. 505 und 506 des b. G. B.)

Das Gebrauchsrecht wird zur Bestreitung des Bedürfnisses eingeräumt, jedoch ist der Ausdruck: Bedürfniß, nicht im strengen Sinne zu nehmen, nähmlich nicht gerade für jenen Zustand, in welchem der Berechtigte sonst das Nöthige entbehren müßte; sondern unter Bedürfniß werden hier jene Verhältnisse verstanden, nach welchen ermessen wird, wie und in welchem Umfange die fremde Sache nach dem, was gewöhnlich geschieht, zu benützen ist. Dieß erhellt aus dem §. 505, wo es heißt: »Wer also das Gebrauchsrecht einer Sache hat, der darf, ohne Rücksicht auf sein übriges Vermögen, den seinem Stande, seinem Gewerbe, und seinem Hauswesen angemessenen Nutzen davon ziehen.«

Die Momente der Beurtheilung sind also, das eigene Vermögen des Berechtigten mag beschaffen seyn, wie es will: 1. der Stand, d. i. das Verhältniß, vermöge dessen jemand zu einer gewissen Classe von Staatsbürgern gehört, die nach ihrer Lebensart und Beschäftigung eigene Bedürfnisse haben. Anders wird z. B. der Geistliche, anders eine Militär-Person ein Gespann Pferde, einen Wagen u. dergl.; anders der vornehme Mann, anders der Bürger ein Haus oder einen Garten benützen, u. s. w.

---

[1] S. diese Wörter in Adelung's Wörterbuche.

2. das Gewerbe, d. i. die Beschäftigungsweise, durch welche jemand seinen Unterhalt erwirbt. Hiernach wird sich z. B. bestimmen, ob der Berechtigte in dem zum Gebrauche eingeräumten Hause bloß die Wohnzimmer, oder auch die Gewölbe, Keller, Stallungen ꝛc. benützen kann. 3. Das Hauswesen, d. i. der Familienstand, zu welchem Kinder und Dienstleute gehören, und welcher nach der Anzahl, dem Geschlechte, dem Alter derselben eine mehr oder weniger ausgedehnte Benützung voraussetzt.

Das Bedürfniß kann rücksichtlich des nähmlichen Berechtigten zu- und abnehmen, daher verfügt der §. 506: »Das Bedürfniß ist nach dem Zeitpuncte der Bewilligung des Gebrauches zu bestimmen.«

Es muß nähmlich vorausgesetzt werden, daß derjenige, welcher dieses Recht einräumte, vorzüglich die Umstände berücksichtiget habe, in welchen sich der Berechtigte zur Zeit der Verleihung befand.

»Nachfolgende Veränderungen in dem Stande oder Gewerbe des Berechtigten geben keinen Anspruch auf einen ausgedehnteren Gebrauch.« Dergleichen Veränderungen ließen sich nicht voraussehen, der Wille des Verleihenden konnte also auf dieselben nicht gerichtet seyn. Der Verleiher konnte z. B. nicht wissen, daß der Bürger in den geistlichen oder Militär-Stand treten, oder der Handwerker Handelsmann werden würde. Wohl aber lassen sich Veränderungen in dem Hauswesen voraussetzen. Es läßt sich z. B. annehmen, daß der zur Ehe Fähige sich wirklich vermählen, oder der noch kinderlose Ehegatte Kinder bekommen wird. Da nun das Gesetz von den drey Momenten, nach welchen sich vermöge des §. 505 der Umfang des Gebrauchsrechtes richtet, hier nur zwey erwähnt; so folgt, daß Veränderungen in dem Hauswesen, welche die Bedürfnisse vermehren, allerdings ein ausgedehnteres Recht geben.

§. 181.

Beschränkung des Gebrauchsrechtes in Bezug auf die Substanz.

(§. 507 des b. G. B.)

»Der Berechtigte darf die Substanz der ihm zum Ge-

brauche bewilligten Sache nicht verändern"; denn ihm ist nur die Benützung der Sache, so wie sie ist, eingeräumt, und er hat nicht gleiche Rechte mit dem Eigenthümer, welcher jede beliebige Veränderung mit der Sache vornehmen kann, um sie dadurch angenehmer oder nützlicher zu machen. Der Gebrauchsberechtigte darf also nicht eine Wiese in einen Acker, oder den Acker in einen Weingarten verwandeln; auf dem freyen Platze nicht bauen, oder ein vorhandenes Gebäude nicht niederreissen, um den Grund als einen freyen Platz zu benützen, u. dergl.

»Er darf auch das Recht an keinen Andern übertragen." Dieß versteht sich nicht nur in dem Sinne, daß er nicht berechtiget ist, die Uebertragung so vorzunehmen, daß der Umfang und die Dauer des Rechtes nach der Person eines Andern bemessen werden müßte, denn eine solche Uebertragung verbiethet schon der §. 485: sondern sie kann auch nicht in dem Sinne geschehen, daß ein Anderer die Befugniß im Nahmen des Berechtigten und in dem Umfange, wie sie diesem zusteht, ausüben soll. Schon das Römische Recht gestattet nicht die Ueberlassung des usus an Andere [1]; es ist um so wahrscheinlicher, daß unser Gesetzbuch diesen Grundsatz des Römischen Rechtes beybehalten habe, da das Galizische (2. Thl. §. 294) der Regel: daß der Gebrauchsberechtigte sein Recht nicht an einen Andern übertragen darf, die Beschränkung beysetzt: »den einzigen Fall ausgenommen, wenn sein Recht sonst von keinem, oder nur von sehr geringem Nutzen wäre," dieser Zusatz aber nun weggelassen ist, was wohl nur in der Absicht geschehen seyn kann, diese Verfügung aufzuheben, und das Gebrauchsrecht auf die Gränzen, welche sich aus dem strengen Begriffe desselben ergeben, zurück zu führen. So lange der Berechtigte die Nutzungen aus der fremden Sache selbst bezieht, z. B. in dem dazu bestimmten Hause selbst wohnt, das Holz für sich schlagen läßt ꝛc., kann er freylich Andere an diesem Genusse Theil nehmen lassen, und die bezogenen Nutzungen für sich verwenden oder veräußern; allein wenn er wegen veränderten Umständen, wegen Versetzung

[1] Thibaut: System des Pandecten-Rechts §. 615. Schweppe: Römisches Privatrecht, 2. Bd. §. 301.

seines Wohnsitzes an einen entfernten Ort, u. d. gl. von dem ihm zugestandenen Rechte offenbar gar keinen Gebrauch machen kann; so hört das Gebrauchsrecht auf, gleichwie die Dienstbarkeit erlischt, wenn das herrschende Gut zu Grunde gegangen ist (§. 525), ob sie gleich zum Vortheile eines andern Gutes recht wohl benützt werden könnte.

Ist mit dem ordentlichen Gebrauche zugleich die Abnützung der Sache, z. B. bey Einrichtungsstücken oder einem Wagen, verbunden; so ist der Berechtigte dafür nicht verantwortlich, da dieß ein mit der Ausübung des Rechtes nothwendig verbundener Nachtheil ist (§. 1305), er ist also in einem solchen Falle die Sache nur in dem Zustande zurück zu geben schuldig, in welchem sie sich zur Zeit des aufhörenden Gebrauchsrechtes befindet.

§. 182.

Rechte und Verbindlichkeiten des Proprietars der zum Gebrauche bestimmten Sache.

(§. 508 des b. G. B.)

»Alle Benützungen, die sich ohne Störung des Gebrauchsberechtigten aus der Sache schöpfen lassen, kommen dem Eigenthümer zu Statten.« Denn das einem Andern zustehende Gebrauchsrecht ist nur eine Beschränkung des Eigenthümers, es bleibt ihm also die freye Verfügung mit der Sache, in so weit das Servituts-Recht nicht entgegen steht.

»Dieser ist aber verbunden, alle ordentlichen und außerordentlichen, auf der Sache haftenden Lasten zu tragen, und sie auf seine Kosten in gutem Stande zu erhalten.« Hier macht also das Gesetz eine Ausnahme von der Regel des §. 483, laut welcher die Erhaltung und Herstellung der dienstbaren Sache dem Servituts-Inhaber obliegt. Der Grund hiervon liegt wohl darin, daß das Gebrauchsrecht ein ohnehin schon beschränktes Recht ist, und gewöhnlich die Bestreitung eines wirklichen Bedürfnisses zum Zwecke hat, so, daß die Absicht des Verleihers nicht erreicht würde, wenn der Berechtigte von diesen Kosten nicht befreyt wäre. Ganz anders verfügt der §. 512 rücksichtlich der Fruchtnießung. In diesem Paragraphe geschieht auch

ausdrücklich von den zur Erzielung der Früchte nothwendigen Kosten Erwähnung, welche bey dem Gebrauchsrechte übergangen zu seyn scheinen, weil sich das Gebrauchsrecht gewöhnlich nicht auf Früchte bezieht. Erstreckt sich aber das Gebrauchsrecht der Beschaffenheit der Sache nach auch auf die Früchte; so ist wohl nicht zu zweifeln, daß auch der Gebrauchsberechtigte die zur Erzielung derselben nothwendigen Kosten ganz oder verhältnißmäßig bestreiten müsse, weil sonst der Eigenthümer zum Vortheile eines Andern nicht bloß etwas dulden, sondern auch etwas thun müßte, was doch der Natur der Dienstbarkeiten überhaupt zuwider ist (§. 482). Aus dem Grundsatze des §. 482 läßt sich auch die letzte Verfügung des §. 508 erklären: »Nur wenn die Kosten denjenigen Nutzen übersteigen, der dem Eigenthümer übrig bleibt, muß der Berechtigte den Ueberschuß tragen, oder vom Gebrauche abstehen.« Der Berechtigte wird durch diese Verfügung sehr in Vortheil gesetzt, denn der Eigenthümer muß, wenn es die Umstände erfordern, allen Nutzen, der ihm übrig bleibt, zur Erhaltung der Sache verwenden, nur, wenn auch dieß noch nicht hinreichte, fallen die Lasten auf den Berechtigten. Wollte oder könnte auch er sie nicht bestreiten; so kann dieß als ein Beweis angesehen werden, daß der Gebrauch für ihn keinen verhältnißmäßigen Werth hat, folglich kein Grund vorhanden ist, den Eigenthümer ferner zu beschränken. Der Berechtigte müßte also in einem solchen Falle auf seine Befugniß Verzicht leisten, wie unter ähnlichen Umständen (§. 483) selbst der Eigenthümer seine Sache abzutreten schuldig ist.

§. 183.

2. Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die Fruchtnießung.

(§. 509 des b. G. B.)

»Die Fruchtnießung ist das Recht, eine fremde Sache, mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkung zu genießen.« Sie ist als Dienstbarkeit ein dingliches Recht, unterscheidet sich also von dem persönlichen Rechte der Benützung einer fremden Sache, welches dem Entlehner oder Bestandnehmer zukommt. Sie ist ein Recht auf eine fremde Sache, folglich auch

von dem Rechte verschieden, welches der Eigenthümer zur Benützung seiner Sache hat. Dem Fruchtnießer gebührt der Genuß der fremden Sache ohne alle Einschränkung, er kann sie also auf alle mögliche, der Natur der Sache angemessene Weise, durch sich selbst oder durch Andere benützen. Nur muß die Benützung mit Schonung der Substanz geschehen, d. i. der Fruchtnießer darf mit der Substanz keine Verfügung treffen, wenn er auch den aus der Sache zu beziehenden Nutzen dadurch vermehren könnte; ihm liegt vielmehr die Erhaltung derselben ob, und nur, wenn aus der gewöhnlichen Benützung die Abnutzung sich ergibt, ist er nicht verantwortlich.

Die Bestimmungen über die Fruchtnießung sind von wichtigem practischen Interesse, denn das Recht der Fruchtnießung ist nicht nur an und für sich oft der Gegenstand rechtlicher Verfügungen, vorzüglich der Vermächtnisse und der Ehepacte (§. 1255—1258), sondern auch das Gesetz nimmt diese Bestimmungen oft zum Maßstabe der rechtlichen Verhältnisse in solchen Fällen, wo es sich eigentlich nicht um die Bestellung einer Dienstbarkeit, sondern um die Ausübung anderer Rechte handelt. So hat der eingesetzte Erbe nach dem §. 613 im Falle einer fideicommissarischen Substitution, bis die Substitution zur Wirksamkeit kommt, das eingeschränkte Eigenthum, mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers. Dieß findet auch nach den §§. 707 und 708 im Falle der unter einer Bedingung oder mit Beyfügung einer Zeitbestimmung geschehenen Einsetzung eines Erben oder Vermächtnißnehmers Statt. Der überlebende Gatte erlangt im Falle des §. 757 seinen gesetzlichen Erbtheil zum lebenslangen Genusse, also die Fruchtnießung desselben; so auch der Mann von gewissen Gegenständen, welche ihm als Heirathsgut zugebracht worden sind (§. 1228), u. s. w.

§. 134.

Uneigentliches Gebrauchs- oder Fruchtnießungs-Recht.

(§. 510 des b. G. B.)

Da nach dem gesetzlichen Begriffe das Gebrauchsrecht sowohl, als das Recht der Fruchtnießung in der Benützung der

Sache, mit Schonung der Substanz, besteht; so kann in verbrauchbaren, d. i. solchen Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren (§. 301), weder ein eigentliches Gebrauchs-, noch ein Fruchtnießungsrecht Statt finden. Doch läßt sich auch bey diesen Sachen eine Benützung denken, durch welche der Eigenthümer derselben nichts verliert, da diese Sachen gewöhnlich auch vertretbar sind (oben §. 12, S. 17) daher es nur darauf ankommt, daß sie in derselben Menge und Güte erstattet werden. Es kommt also mehr auf ihren Werth, oder das Recht an, eine Sache von gleicher Menge und Güte zu verlangen, als auf die körperliche Substanz derselben. Diesem gemäß heißt es im §. 510: »Verbrauchbare Sachen sind an sich selbst kein Gegenstand des Gebrauches oder der Fruchtnießung, sondern nur ihr Werth.« Dieß ist insbesondere der Fall bey »dem baren Gelde, der Berechtigte kann mit demselben nach Belieben verfügen,« ist aber schuldig eben so viel von derselben Gattung und Güte zurück zu geben, folglich in gleichem Verhältnisse mit demjenigen, welcher ein Darleihen in klingender Münze oder im Papiergelde empfangen hat (§§. 983, 986 — 989).

»Wird aber ein bereits anliegendes Capital zum Fruchtgenusse oder Gebrauche bewilliget; so kann der Berechtigte nur die Zinsen fordern.« Denn von einem in einem öffentlichen Fonde oder bey Privaten angelegten Capitale ist schon eine Benützung, ohne die Substanz anzugreifen, möglich, nähmlich die Benützung, welche in dem Genusse der Zinsen besteht, und der Berechtigte ist auf dieselbe beschränkt, weil bey der Anlegung eines Capitals vorzüglich der Zinsengenuß berücksichtiget wird, das Capital muß also in dem Zustande, in welchem es sich befindet, bleiben, da jede Verfügung mit demselben ein Eingriff in die Rechte des Proprietars wäre.

§. 185.

Rechte und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers: A. überhaupt.

(§. 511 des b. G. B.)

»Der Fruchtnießer hat ein Recht auf den vollen, so-

wohl gewöhnlichen als ungewöhnlichen, Ertrag;« ihm gehören also sowohl die eigentlichen Früchte, als die Nutzungen, z. B. Grund- und Bestandzinse, Laudemien, Gerichts-Taxen, in so weit das Recht sie zu beziehen während der Fruchtnießung bereits entstanden war, und zwar nicht nur von der Hauptsache, sondern auch von dem Zugehöre, denn so lange dasselbe von der Hauptsache nicht getrennt ist, macht es einen Bestandtheil derselben aus. Der Fruchtnießer übt ferner alle nutzbringenden, mit der Sache verbundenen Rechte aus, z. B. das Jagd-, Zehentrecht, Dienstbarkeiten; »ihm gehört auch die mit Beobachtung der bestehenden Bergwerksordnung erhaltene reine Ausbeute von Bergwerksantheilen, und das forstmäßig geschlagene Holz.« Nach dem Galizischen Gesetzbuche (2. Thl. §. 299) war die Ausbeute von Bergwerksantheilen dem Eigenthümer vorbehalten; auch nach dem gemeinen Rechte wird die Ausbeute von Metallgruben nicht allgemein dem Fruchtnießer zugestanden [1]; allein nach der Meinung der meisten Ausleger des Römischen Rechtes gehören die Mineralien zu den Früchten, folglich der Nutzen von denselben dem Fruchtnießer.

»Auf einen Schatz, welcher in dem zur Fruchtnießung bestimmten Grunde gefunden wird, hat er keinen Anspruch.« Ein Schatz kann nicht als Erträgniß des Grundes angesehen werden, da er mit demselben nur in einem zufälligen Zusammenhange steht, der Antheil, welcher sonst dem Grundeigenthümer zufällt (§. 399), gebührt also nicht dem Fruchtnießer, sondern vielmehr als Zuwachs dem Proprietar.

Da übrigens der Fruchtnießer ein unbeschränktes Recht auf den Ertrag oder die Benutzung der Sache hat; so steht es ihm frey, nicht nur die Producte derselben nach Willkühr zu verwenden oder zu veräußern, sondern auch die Ausübung seines Rechtes ganz oder theilweise, durch einen Bestand-, Pfandvertrag u. dgl. Andern zu überlassen. Nur kann er so wenig, als der Gebrauchsberechtigte das Recht der Fruchtnießung selbst an einen Andern übertragen.

---

[1] S. Glück's Erläuterung der Pandecten 9. Bd. §. 633. S. 207.

§. 186.

B. Insbesondere: a) rücksichtlich der auf der Sache haftenden Lasten.

(§. 512 des b. G. B.)

Der Fruchtnießer hat zwar nach dem vorhergehenden Paragraphe ein Recht auf den vollen Ertrag, allein in vielen Rücksichten, z. B. bey der Anwendung der §§. 515 und 516, kommt nicht der Nutzen oder Ertrag einer Sache überhaupt, sondern nur der eigentliche Nutzen oder reine Ertrag in Betrachtung, daher bestimmt der §. 512, worin derselbe bestehe. »Als ein reiner Ertrag kann aber nur das angesehen werden, was nach Abzug aller nöthigen Auslagen übrig bleibt. Der Fruchtnießer übernimmt also alle Lasten, welche zur Zeit der bewilligten Fruchtnießung mit der dienstbaren Sache verbunden waren, mithin auch die Zinsen der darauf eingetragenen Capitalien.«

Unter den Lasten der Sache sind die Verpflichtungen zu verstehen, welche sich jeder Besitzer oder Inhaber derselben gefallen lassen muß, vorzüglich also jene, welche einem dinglichen Rechte entsprechen, weil das dingliche Recht seinem Begriffe nach über eine Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen ausgeübt wird (§. 307). Es gehören aber auch die Verpflichtungen hierher, welche aus einem persönlichen Rechte entstehen, wenn dieses Recht durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher als ein dingliches wirksam gemacht wurde, z. B. die Verbindlichkeit aus einem in die öffentlichen Bücher eingetragenen Bestandvertrage (§. 1095). Das Gesetz rechnet unter diese Lasten auch die Verbindlichkeit, die Zinsen der auf der Sache eingetragenen Capitalien zu entrichten; jedoch scheint dieß nur von jenen Zinsen verstanden werden zu müssen, deren Entrichtung dem jedesmahligen Besitzer eines Gutes obliegt. Denn die Verbindlichkeit, Zinsen zu zahlen, liegt der Regel nach bloß dem Schuldner ob, und das Gut haftet nur für den Fall, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllete. Die Hypothek ist vielleicht gar wegen der Schuld eines Dritten bestellt worden, und von dem Besitzer des Gutes sind die Zinsen gar nie gefordert worden, weil sie der eigentliche Schuld-

ner gehörig entrichtete. In solchen Fällen kann wohl auch der Fruchtnießer nicht zur Entrichtung derselben verbunden seyn, denn ihm kann diese Verbindlichkeit nur als Nachfolger oder Stellvertreter des Eigenthümers obliegen. Sind aber die Zinsen von der Art, daß sie als eine mit der Sache verbundene Last angesehen werden müssen, wie z. B. die Zinsen, welche als Stiftungsbeträge von gewissen Realitäten zu entrichten sind; oder welche der Erwerber einer Realität als auf der Sache haftende Schuld übernommen hat; dann kommt die obige Verfügung zur Anwendung. Auch unterliegt es keinem Zweifel, daß sich der Fruchtnießer die Ausübung des auf der Sache haftenden Pfandrechtes, folglich auch die Beschlagnehmung der Früchte und die Execution auf das Gut selbst in so fern müsse gefallen lassen, als ein Gläubiger ein älteres Recht hat als er. Ob und in wie fern er, wenn ihm auf diese Weise die Fruchtnießung entzogen wird, eine Entschädigung ansprechen könne, muß nach den von der Gewährleistung geltenden Grundsätzen beurtheilt werden.

»Auf ihn (den Fruchtnießer) fallen alle ordentlichen und außerordentlichen, von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten.« Unter den von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten sind, außer den Lasten, von denen bereits die Rede war, die Steuern, Grundzinse, Zehenten, Frohnen, Lieferungen, Einquartierungen, kurz solche Leistungen zu verstehen, zu welchen der Besitzer einer Sache aus einem andern, als einem privatrechtlichen Titel verbunden ist. Jedoch setzt der §. 512 die Beschränkung bey: »in so fern sie (die erwähnten Schuldigkeiten) aus den während der Dauer der Fruchtnießung gezogenen Nutzungen bestritten werden können.« Denn es kann sich, wenn außerordentliche Auslagen zu bestreiten sind, z. B. Beyträge zum Schul- oder Kirchenbaue, treffen, daß der während der Zeit der Fruchtnießung bezogene Ertrag nicht einmahl diese Auslagen ersetzt. Müßten sie in einem solchen Falle doch von dem Fruchtnießer bestritten werden; so müßte er eigentlich eine Verwendung zum Vortheile des Proprietars machen, zu welcher sich kein Grund nachweisen ließe.

»Er (der Fruchtnießer) trägt auch die Kosten, ohne welche die Früchte nicht erzielet werden.« Diese Kosten haben

seinen eigenen Vortheil zum Zwecke, er kann daher keinen Ersatz für dieselben ansprechen, wenn auch der Ertrag während der Fruchtnießung den gemachten Aufwand nicht ersetzte.

§. 187.

b) Rücksichtlich der Erhaltung der Sache.

(§. 513 des b. G. B.)

»Der Fruchtnießer ist verbunden, die dienstbare Sache als ein guter Haushälter in dem Stande, in welchem er sie übernommen hat, zu erhalten, und aus dem Ertrage die Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen zu besorgen.«

Schon nach dem Begriffe der Fruchtnießung soll der Fruchtnießer die Sache mit Schonung der Substanz genießen oder benützen, er muß also für die Erhaltung derselben in allen ihren Bestandtheilen sorgen, folglich das durch den Gebrauch oder Zufall Beschädigte ausbessern lassen; das Abgängige ergänzen, z. B. abgestorbene Bäume oder umgestandenes Vieh; und wenn einzelne Theile schadhaft geworden, oder gänzlich zu Grunde gegangen wären, z. B. die Ufer durch Ueberschwemmungen weggerissen, die Fenster zerschlagen, die Oefen unbrauchbar geworden wären, für die Herstellung derselben sorgen. Läßt er es hierin ermangeln; so haftet er für allen daraus entstandenen Schaden (§. 1295 und 1298).

»Wird dessen ungeachtet der Werth der dienstbaren Sache bloß durch den rechtmäßigen Gebrauch ohne Verschulden des Fruchtnießers verringert; so ist er dafür nicht verantwortlich.« Er haftet also nicht für solche Zufälle, welche auch der Eigenthümer nicht abzuwenden oder gut zu machen vermag, und nicht für die Verringerung des Werthes der Sache, in so fern sie eine natürliche Folge des der Natur der Sache angemessenen Gebrauches ist.

§. 188.

c) Rücksichtlich der Bauführungen.

(§§. 514—516 des b. G. B.)

Dem Fruchtnießer liegen nach dem vorgehenden Paragraphe nur diejenigen Bauführungen ob, welche nach der gewöhnlichen Benützung eines guten Haushälters zur Erhaltung der Sache nothwendig sind, folglich jene Herstellungen, ohne welche die Sache bey dem bloßen gewöhnlichen Gebrauche zu Grunde gehen würde. Jene, welche durch das Alter des Gebäudes oder durch einen Zufall, z. B. Feuersbrunst, Ueberschwemmung oder Erdbeben nothwendig werden, gehören schon nicht mehr zu dem mit dem Gebrauche der Sache verbundenen Aufwande. Hieraus erklärt sich folgende Verfügung des §. 514: »Wenn der Eigenthümer Bauführungen, die durch das Alter des Gebäudes, oder durch einen Zufall nothwendig gemacht werden, auf Anzeige des Fruchtnießers auf seine Kosten besorgt; ist ihm der Fruchtnießer, nach Maß der dadurch verbesserten Fruchtnießung, die Zinsen des verwendeten Capitals zu vergüten schuldig.«

Der Fruchtnießer hat dem Eigenthümer über die Nothwendigkeit solcher Bauführungen die Anzeige zu machen, weil es möglich wäre, daß dieser, wenn er abwesend, oder der Schade nur im Innern des Gebäudes sichtbar ist, keine Kenntniß davon hat. Die Bauführung, welche hier vorausgesetzt wird, dient zum Vortheile des Eigenthümers und des Fruchtnießers, weil jenem an der Erhaltung der Sache wegen der zukünftigen, diesem aber wegen der gegenwärtigen Benützung gelegen ist. Nach dem Grundsatze des §. 483 müßten also eigentlich Beyde verhältnißmäßig zur Bestreitung dieses Aufwandes beytragen; da sich aber in Ansehung des Fruchtnießers wegen der Ungewißheit der Dauer seines Rechtes ein richtiges Verhältniß wohl kaum ausmitteln läßt; so wird vorausgesetzt, daß Einer von ihnen den Bau auf seine Kosten übernehme, und der Andere verhältnißmäßig Ersatz leiste. Hat der Eigenthümer den Bau auf seine Kosten hergestellt; so ist der Fruchtnießer, nach Maß der dadurch verbesserten Fruchtnießung, d. h. in dem Verhältnisse, als die Sache nun mehr er-

trägt, als sie vor dem Baue ertragen hat, die Zinsen des verwendeten Capitals zu vergüten schuldig. Der Betrag der zu bezahlenden Zinsen muß nach dem §. 995 auf vier von Hundert bestimmt werden, da es Zinsen sind, welche, ohne ausdrückliche Bedingung, aus dem Gesetze gebühren.

»Kann oder will der Eigenthümer dazu (die Bauführung nähmlich auf eigene Kosten zu besorgen) sich nicht verstehen; so ist der Fruchtnießer berechtigt, entweder den Bau zu führen, und nach geendigter Fruchtnießung, gleich einem redlichen Besitzer, den Ersatz zu fordern; oder, für die durch Unterbleibung des Baues vermißte Fruchtnießung, eine angemessene Vergütung zu verlangen.« Der Fruchtnießer kann hiernach, wenn er den Bau geführt hat, den Ersatz des zur fortwährenden Erhaltung der Substanz nothwendigen, oder des zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen nützlichen Aufwandes nach dem in der Sache noch vorhandenen Werthe, in so fern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt, fordern (§. 331); und den Aufwand zum Vergnügen und zur Verschönerung in so weit, als die Sache dem gemeinen Werthe nach wirklich dadurch gewonnen hat (§. 332); es kann aber kein Ersatz angesprochen werden, wenn der Vortheil der gemachten Herstellung oder Verbesserung während der Fruchtnießung wieder aufgehört hat. Die Uebernehmung der Bauführung ist folglich für den Fruchtnießer immer bedenklich, da er für dieselbe vielleicht gar keinen, oder einen geringen Ersatz erhält, hingegen in dem Falle, wo wegen der Unterbleibung des Baues die Fruchtnießung aufgehört hat, er für die vermißte Fruchtnießung eine angemessene Vergütung anzusprechen berechtiget ist. Bey der Bestimmung dieser Vergütung sind aber nebst den Lasten, welche der Fruchtnießer zu bestreiten verbunden ist (§. 512), auch die Zinsen abzuschlagen, welche er dem Eigenthümer hätte erstatten müssen, wenn dieser den Bau auf seine Kosten hergestellt hätte (§. 514). Die dem Eigenthümer auferlegte Verbindlichkeit, dem Fruchtnießer für die wegen Unterbleibung des Baues vermißte Fruchtnießung eine Vergütung zu erstatten, setzt voraus, daß der Eigenthümer die Bauführung übernehmen sollte, denn ohne

diese Verbindlichkeit vorauszusetzen, könnte er wegen der Unterlassung zu keinem Ersatze verhalten werden; das Gesetz macht also in so fern auch hier eine Ausnahme von der Regel des §. 483, welche sich daraus erklären läßt, daß das Recht des Fruchtnießers nur ein zeitliches ist, folglich der Eigenthümer hoffen kann, daß, wenn er aus seinem Aufwande auch nicht sogleich Vortheil hat, er doch in kürzerer Zeit in den vollen Genuß seiner Sache gelangen und dadurch den Ersatz seiner Kosten erhalten wird.

»Bauführungen, welche nicht nothwendig, obgleich sonst zur Vermehrung des Ertrages gedeihlich sind, ist der Fruchtnießer nicht verbunden, ohne vollständige Entschädigung zu gestatten;« denn der Eigenthümer muß sich in Folge des dinglichen Rechtes des Fruchtnießers aller Handlungen enthalten, durch welche dieser in der Ausübung seines Rechtes gehindert würde.

§. 189.

d) Rücksichtlich der Verbesserungen.

(§. 517 des b. G. B.)

Der Fruchtnießer darf des größeren Nutzens wegen die ihm zum Genusse überlassene Sache nicht umändern, also z. B. eine Wiese nicht zu einem Acker, ein Wohngebäude zu einem Magazine umstalten; aber es steht ihm frey, die Sache, ohne Veränderung der Substanz, zum Genusse tauglicher oder fruchtbringender zu machen; also z. B. den Boden des Ackers oder der Wiese zu verbessern, in dem Wohngebäude neue Oefen, Fenster ꝛc. herzustellen, die Herde durch bessere Zuchtthiere zu veredeln, u. dgl. Sind jedoch dergleichen Verbesserungen von der Art, daß er besorgen muß, den Vortheil davon nicht selbst mehr zu genießen; so ist es, um den Ersatz des hierzu gemachten Aufwandes zu erhalten, rathsam, sie nur mit Einverständniß des Eigenthümers vorzunehmen, denn der §. 517 verordnet: »Was der Fruchtnießer ohne Einwilligung des Eigenthümers zur Vermehrung fortdauernder Nutzungen verwendet hat, kann er zurücknehmen; eine Vergütung der aus der Verbesserung noch bestehenden Nutzungen aber kann er nur fordern, in so

fern sie ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu fordern berechtigt ist," also nur in so fern, als für den Eigenthümer hieraus ein klarer und überwiegenden Vortheil entsteht (§. 1037).

§. 190.

Wornach über die Beschaffenheit und die Bestandtheile der Sache zu entscheiden ist.

(§. 518 des b. G. B.)

Wenn die Fruchtnießung aufhört, so kommt es darauf an, was dem Fruchtnießer oder dessen Nachfolgern, und was dem Eigenthümer gehöre, oder dem Einen oder dem Andern ersetzt werden müsse. In Bezug auf die Auseinandersetzung der wechselseitigen Rechte auf die Sache selbst ist darauf zu sehen, was dem Fruchtnießer übergeben worden ist, denn die zur Fruchtnießung übergebene Substanz muß nach dem Unterschiede, ob eine eigentliche oder uneigentliche Fruchtnießung Statt fand, in Natur, oder der Menge und der Güte nach zurückgestellt werden. Es ist also nothwendig, über den Umfang und die Beschaffenheit dessen, was dem Fruchtnießer überlassen worden ist, den Beweis herzustellen. Das der Natur der Sache nach hierzu schickliche Mittel ist eine Beschreibung oder das Inventar der zur Fruchtnießung überlassenen Sache. Daher erinnert der §. 518 daran, und bestimmt zugleich die Folgen, welche die Unterlassung dieser Vorsicht nach sich zieht, indem es hier heißt: Zur Erleichterung des Beweises der gegenseitigen Forderungen, sollen der Eigenthümer und der Fruchtnießer eine beglaubte Beschreibung aller dienstbaren Sachen aufnehmen lassen. Ist sie unterlassen worden; so wird vermuthet, daß der Fruchtnießer die Sache sammt allen zur ordentlichen Benützung derselben erforderlichen Stücken in brauchbarem Zustande von mittlerer Beschaffenheit erhalten habe."

Beglaubt wird diese Beschreibung seyn, wenn sie in einer von beyden Theilen unterschriebenen Urkunde enthalten ist, oder unter gerichtlicher Authorität verfaßt wurde. In Ermangelung einer solchen Beschreibung müßte durch Sachverständige bestimmt werden, was zur ordentlichen Benützung der zur Fruchtnießung

bestimmten Sache erforderlich ist, und es wird angenommen, daß die Sache vollständig und von mittlerer Qualität vorhanden war, weil man besondere Gründe haben müßte, eine vorzügliche Güte, oder eine ungewöhnlich schlechte Beschaffenheit vorauszusetzen. Was nach dieser Vermuthung oder der wirklich vorhandenen Beschreibung dem Fruchtnießer nicht übergeben worden ist, muß durch ihn beygeschafft worden seyn, er kann also solche Sachen nach Umständen wegnehmen, oder den Ersatz dafür ansprechen.

§. 191.

Theilung der Nutzungen.

(§. 519 des b. G. B.)

Bey der Frage, in wie fern bey der Erlöschung der Fruchtnießung der Eigenthümer oder der Fruchtnießer auf die Nutzungen Anspruch habe, muß zwischen Nutzungen und Früchten im strengen Sinne, oder den Civil- und natürlichen Früchten unterschieden werden. Die noch hängenden oder stehenden Früchte machen einen Bestandtheil oder ein Zugehör der Sache aus (§. 296), daher verfügt der §. 519: »Nach geendigter Fruchtnießung gehören die noch stehenden Früchte dem Eigenthümer; doch muß er die auf deren Erzielung verwendeten Kosten dem Fruchtnießer oder dessen Erben, gleich einem redlichen Besitzer, ersetzen.« Alle abgesonderten Früchte, die Absonderung mag absichtlich vorgenommen worden, oder zufällig erfolgt seyn, bleiben dem Fruchtnießer. Doch wird auch er, wie in einem ähnlichen Falle der redliche Besitzer (oben §. 48, S. 73), wenn er ein Gut im gehörigen Zustande übernommen hat, von den eingebrachten Erzeugnissen so viel zurücklassen müssen, als zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich ist, denn die hierzu nothwendigen Früchte sind ebenfalls ein Zugehör des Gutes, müssen also mit demselben zurückgestellt werden. Daß der Eigenthümer die auf die Früchte, welche ihm bleiben, verwendeten Kosten ersetzen muß, ist die Folge des Grundsatzes, daß man sich nicht auf fremde Kosten bereichern darf.

»Auf andere Nutzungen (im Gegensatze der Früchte) ha-

ben der Fruchtnießer oder dessen Erben den Anspruch nach Maß der Dauer der Fruchtnießung.«

Bey den eigentlichen oder natürlichen Früchten ist die Zeit der Einhebung derselben schon durch die Natur bestimmt; bey den Nutzungen im engeren Sinne aber kommt es auf positive, im Gesetze oder in einem Vertrage, enthaltene Bestimmungen, und in so weit der Berechtigte die Einhebung auch verschieben kann, auf dessen Willkühr an. Eigentlich erwirbt der Fruchtnießer mit jedem Tage ein Recht auf die Nutzungen, da aber die Einhebung derselben nicht täglich geschehen kann; so werden sie nach Maß der Dauer der Fruchtnießung vertheilt, sie mögen zur Zeit des Aufhörens der Fruchtnießung bereits fällig und eingehoben gewesen seyn oder nicht. Das Recht des Fruchtnießers unterscheidet sich also in Bezug auf die Nutzungen wesentlich von dem dießfälligen Rechte des redlichen Besitzers, welcher nur auf die schon eingehobenen Nutzungen ein Recht hat, in so fern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind (§. 330); denn in Ansehung seiner ist es bloß Folge des positiven Gesetzes, daß er die Nutzungen aus der fremden Sache erwirbt, der Gesetzgeber kann daher sein Recht willkührlich beschränken, und hat es nach unserm Gesetzbuche von dem Umstande abhängig gemacht, daß die Nutzungen bereits fällig und eingehoben seyen: bey der Fruchtnießung liegt es aber in der Natur des Rechtes, daß der Fruchtnießer die Nutzungen in so weit erwerbe, als sein Recht noch nicht aufgehört hat, der Umstand, ob die Nutzungen fällig oder erhoben waren, macht dabey keinen Unterschied; das Recht des Nutznießers ist sonach in dieser Hinsicht bald ausgedehnter, bald beschränkter, als das Recht des redlichen Besitzers.

Die angeführte Regel ist allgemein, sie gilt also nicht nur von jenen Nutzungen, welche in bestimmten wiederkehrenden Fristen fällig werden, wie Grund- und Pachtzinse, und Interessen von einem Capitale, sondern auch von jenen, deren Fälligkeit zwar an sich unbestimmt ist, welche aber doch im Ganzen als jährliches Erträgniß bezogen werden, z. B. Zehente, und Laudemial-Gebühren, und zwar letztere in so fern, als das Grundbuch des Jahres nur Ein Mahl besessen, und die Veränderungen nur bey dieser Gele-

genheit eingetragen zu werden pflegen. Bey Gebühren, welche nach einzelnen Acten erhoben zu werden pflegen, wie z. B. Gerichts-Taxen und Veränderungsgebühren in den Fällen, wo die Eintragung sogleich nach geschehener Veränderung im Besitze geschehen kann und soll, kommt es darauf an, ob das Recht, sie zu fordern, während der Fruchtnießung schon eingetreten war oder nicht; in jenem Falle gebühren sie dem Fruchtnießer, in diesem dem Eigenthümer.

§. 192.

Sicherstellung bey dem Gebrauche oder der Fruchtnießung.

(§. 520 des b. G. B.)

Da der Fruchtnießer und Gebrauchsberechtigte, um ihre Befugnisse ausüben zu können, der Regel nach die fremde Sache in ihrer Macht haben müssen, jedoch verpflichtet sind, die Substanz zu erhalten und nach Erlöschung der Dienstbarkeit zurück zu stellen; so ist es natürlich, daß der Proprietar auf Sicherstellung seiner Rechte bedacht sey. Diese wird aber, da dergleichen Dienstbarkeiten gewöhnlich in unbeweglichen Sachen bestellt werden, schon dadurch erreicht, daß der Proprietar als Eigenthümer, der Gebrauchsberechtigte oder Fruchtnießer aber bloß mit einem, das Eigenthum beschränkenden Rechte in die öffentlichen Bücher eingetragen ist. Reicht dieß zur Sicherheit des Eigenthümers nicht zu, so wird es ihm überlassen, sich, wenn es die Umstände fordern, auf eine andere Art Sicherheit zu verschaffen, jedoch kann er dieß nicht willkührlich, denn der §. 520 enthält: »In der Regel kann der Eigenthümer von dem Gebrauchsberechtigten oder Fruchtnießer nur bey einer sich äußernden Gefahr die Sicherstellung der Substanz verlangen.« Ist keine Gefahr vorhanden, so ist die Cautionsleistung überflüssig, und, wenn sie überhaupt gefordert werden könnte, würde nicht selten der Vortheil des Berechtigten dadurch vereitelt werden, indem ein solcher oft kein anderes Vermögen hat, oder keinen Bürgen findet, folglich dieser Verpflichtung nicht Genüge leisten könnte. Zeigt sich aber, daß die Substanz wirklich einer Gefahr ausgesetzt ist, was bey beweglichen Sachen, und vorzüglich bey

dem uneigentlichen Gebrauchs- oder Fruchtnießungsrechte leicht der Fall seyn kann; so kann der Proprietar eine, nach den §§. 1373 u. 1374 zu leistende Sicherstellung verlangen, oder, wenn die Gefahr dringend ist, auch die in der Gerichtsordnung enthaltenen einstweiligen Vorkehrungen anwenden. Treten solche Fälle ein und »die Sicherheit wird nicht geleistet; so soll die Sache entweder dem Eigenthümer gegen eine billige Abfindung überlassen, oder nach Umständen in gerichtliche Verwaltung gegeben werden.« Durch die gänzliche Ueberlassung der Sache an den Eigenthümer hört die Gefahr für ihn auf, und der Berechtigte bleibt im Genusse seines Vortheils durch den angemessenen Ersatz, den er erhält. Lassen sich aber auch dadurch die wechselseitigen Ansprüche nicht ausgleichen; so erübriget nur noch der Ausweg, daß die Sache in gerichtliche Verwahrung gegeben, d. h. von dem Gerichte ein Verwalter oder Sequester bestellt werde, welcher dafür Sorge zu tragen hat, daß weder der Berechtigte in seinem Vortheile beeinträchtiget, noch die Sache selbst dem Untergange oder einer Verminderung ihres Werthes ausgesetzt werde.

§. 193.

3. Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die Dienstbarkeit der Wohnung.

(§§. 521 und 522 des b. G. B.)

»Die Servitut der Wohnung ist das Recht, die bewohnbaren Theile eines Hauses zu seinem Bedürfnisse zu benützen.« Sie unterscheidet sich also von dem Gebrauche oder der Fruchtnießung eines Hauses darin, daß sie sich auf die zur Wohnung bestimmten, und die zu derselben gehörigen Bestandtheile, nähmlich Küche, Boden, Keller, Stallungen, bezieht, aber jene Theile des Hauses nicht begreift, welche ohne Rücksicht auf die Wohnung benützt werden. Selbst in Ansehung der bewohnbaren Theile eines Hauses kann die Wohnung jemanden bloß zu seinem Bedürfnisse, oder ohne alle Beschränkung eingeräumt werden. Da anzunehmen ist, daß dem Eigenthümer vielmehr die geringere, als die größere Beschränkung auferlegt wurde; so wird vermuthet, daß die Wohnung dem Berechtigten

bloß zu seinem Bedürfnisse eingeräumt worden sey. »Sie ist also (der Regel nach) eine Servitut des Gebrauches von dem Wohngebäude. Werden aber jemanden alle bewohnbaren Theile des Hauses, mit Schonung der Substanz, ohne Einschränkung zu genießen überlassen; so ist es eine Fruchtnießung des Wohngebäudes. Hiernach sind die oben gegebenen Vorschriften auf das rechtliche Verhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Eigenthümer anzuwenden.«

Ist demnach z. B. einem Handwerker die Dienstbarkeit der Wohnung eingeräumt worden: so hat er bloß auf die Wohnungsbestandtheile Anspruch, welche seinem Stande und seinem Hauswesen angemessen sind. Hätte er den Gebrauch des Hauses; so könnte er auch die Ueberlassung der zur Werkstätte oder sonst zur Betreibung seines Gewerbes nöthigen Behältnisse fordern. Derjenige, welchem der Genuß aller bewohnbaren Theile des Hauses ohne Einschränkung überlassen ist, kann sie nicht nur für sich und seine Angehörigen benützen, sondern in dem Maße und für die Dauer, als sie ihm gebühren, auch einem andern entgeldlich oder unentgeldlich zum Genusse überlassen. Nach dem Unterschiede, ob der Gebrauch oder die Fruchtnießung der bewohnbaren Theile eines Hauses eingeräumt ist, richtet sich auch die Verbindlichkeit zur Erhaltung und Herstellung der Sache, und zur Sicherstellung.

Da aber auch das Wohnungsrecht mit Schonung der Substanz ausgeübt werden muß, und nur eine Beschränkung des Eigenthumes ist; so ergibt sich hieraus, was der §. 522 anordnet: »In jedem Falle behält der Eigenthümer das Recht, über alle Theile des Hauses, die nicht zur eigentlichen Wohnung gehören, zu verfügen; auch darf ihm die nöthige Aufsicht über sein Haus nicht erschweret werden.«

§. 194.

Klagerecht rücksichtlich der Servituten.

(§. 523 des b. G. B.)

Die Dienstbarkeiten können ein Gegenstand der Klage seyn, wenn es sich darum handelt, daß eine Dienstbarkeit erst bestellt oder eingeräumt, d. h. das gestattet werde, was entweder zum Besitze der Dienstbarkeit als eines dinglichen Rechtes, oder zur Ausübung derselben nothwendig ist, also die Eintragung in die öffentlichen Bücher, wenn solche zu diesem Zwecke bestehen, oder die Herstellung jener Vorrichtungen, welche die Ausübung der Dienstbarkeit voraussetzt, z. B. die Eröffnung des Fensters in der fremden Mauer, die Einfügung des Balkens u. dergl. Will der Kläger dieß bewirken, so hat er den Titel darzuthun, aus welchem er eine Dienstbarkeit anspricht. Diese Klage kann aber nur gegen den angestellt werden, welcher vermöge dieses Titels verbunden ist; sie ist also eine persönliche, und die Natur und der Umfang derselben muß aus der Beschaffenheit des persönlichen Rechtes selbst ermessen werden.

Bestand aber die Servitut schon einmahl als dingliches Recht; so kann es sich entweder darum handeln, daß der Berechtigte bey der Ausübung seines Rechtes geschützt, oder darum, daß die Freyheit des Eigenthums gegen die Anmaßung einer Servitut behauptet werde. Beyde Zwecke können durch eine possessorische oder petitorische Klage erreicht werden. Hieraus erklärt sich der Inhalt des §. 523: »In Ansehung der Servituten findet ein doppeltes Klagerecht Statt. Man kann gegen den Eigenthümer das Recht der Servitut behaupten; oder, der Eigenthümer kann sich über die Anmaßung einer Servitut beschweren. Im ersten Falle muß der Kläger die Erwerbung der Servitut, oder wenigstens den Besitz derselben als eines dinglichen Rechtes, im zweyten Falle muß er die Anmaßung der Servitut in seiner Sache beweisen.«

Die erste Klage, von welcher in diesem Paragraphe Erwähnung geschieht, setzt voraus, daß sich der Kläger bereits im Besitze der Dienstbarkeit als eines dinglichen Rechtes befand, oder

noch befindet. Hat er den Besitz verloren, und ist es ihm bloß um Wiedererlangung desselben zu thun, so kann er gegen den Störer die summarische, und gegen den echten Besitzer der Sache, als einer freyen, oder gegen denjenigen, welcher sich im Besitze eines mit dem Rechte des Klägers unvereinbaren dinglichen Rechtes (Pfand- oder Servituts-Rechtes) befindet, die ordentliche Besitzklage anstellen, indem er den gültigen Titel und die echte Art, durch welche er zu dem Besitze gelangt ist, gegen den darthut, welcher durch einen schwächeren Titel den Besitz des freyen Eigenthums, oder eines mit der Dienstbarkeit nicht vereinbaren dinglichen Rechtes erlangt hat (s. oben §. 76, S. 124). Würde er aber mit diesen Klagen nicht ausreichen, weil der Besitzer die Sache auf eine echte Weise und unter einem gleich starken Titel als eine von der Dienstbarkeit freye Sache an sich gebracht hat; so müßte der Kläger darthun, daß ihm wirklich ein dingliches Recht zustehe, folglich zeigen, daß ihm die Dienstbarkeit aus einem rechtsgültigen Titel von demjenigen, der vermöge seines dinglichen Rechtes dazu berechtiget war, wirklich eingeräumt worden ist. Diese Klage (actio confessoria) geht also auf die Anerkennung einer schon bestehenden Dienstbarkeit, wie die Eigenthumsklage auf die Anerkennung des Eigenthums, und der Unterschied zwischen beyden Klagen ist nur darin, daß jene bloß auf ein einzelnes Recht in der fremden Sache geht, diese aber die ganze Sache zum Gegenstande hat.

Wird der Eigenthümer in dem Gebrauche seiner Sache dadurch gestört, daß sich jemand eine Dienstbarkeit anmaßt, welchem sie nicht zusteht; oder dadurch, daß der zur Dienstbarkeit Berechtigte die Gränzen seines Rechtes überschreitet; so kann er gegen eigentliche Störungen, d. i. in den Fällen, wo er einen unechten Besitz seines Gegners darzuthun vermag, durch die summarische Besitzklage die Zurücksetzung in die vorige Lage und Schadloshaltung verlangen (§. 345 und 346). Befindet sich aber der Gegner in dem echten Besitze der Dienstbarkeit; so müßte der Kläger zeigen, daß dem Geklagten das Recht derselben nicht zustehe (actio negatoria); entweder weil dessen Titel nicht gültig ist, oder dessen Vormann eine Dienstbarkeit zu bestellen nicht berechtiget war, oder die früher wirklich vorhandene Dienstbarkeit

erloschen ist. Vor Allem müßte aber der Kläger darthun, daß sein Gegner sich eine Dienstbarkeit anmaße, denn wäre das nicht, so erschiene seine Klage als eine Aufforderungsklage, welche außer den im Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen nicht Statt findet.

Hieraus ergibt sich, daß nur die erste der im obigen Paragraphe angeführten Klagen aus dem Dienstbarkeitsrechte entsteht: die andere aber aus der Freyheit des Eigenthums von der angemaßten Belastung abgeleitet wird.

Daß sowohl das Recht der Dienstbarkeit, als auch das Recht des freyen Eigenthums auch vermittelst einer Einrede geltend gemacht werden könne, versteht sich von selbst, da jedes Recht, welches mit einer Klage verbunden ist, auch mittelst einer Einrede vertheidiget werden kann.

§. 195.

Von der Erlöschung der Dienstbarkeiten überhaupt.

(S. 524 des b. G. B.)

»Die Servituten erlöschen im Allgemeinen auf diejenigen Arten, wodurch, nach dem dritten und vierten Hauptstücke des dritten Theiles, Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt aufgehoben werden.«

Als allgemeine Aufhebungsarten der Rechte und Verbindlichkeiten kommen in dem dritten Theile des Gesetzbuches vor: die Zahlung, die Compensation, die Entsagung, die Vereinigung, der Untergang der Sache, der Tod, der Verlauf der Zeit, und die Verjährung.

Von diesen Aufhebungsarten sind einige auf die Dienstbarkeiten gar nicht anwendbar, nähmlich: die Zahlung und die Compensation. Denn die Zahlung als die Leistung dessen, was man schuldig ist (§. 1412), ist nur eine Aufhebungsart bey jenen Verbindlichkeiten, welche in einer nur Ein Mahl zu machenden Leistung bestehen; die Dienstbarkeiten setzen aber ein Verhältniß voraus, vermöge dessen man fortwährend etwas zu dulden oder zu unterlassen verpflichtet ist, welches also dadurch nicht aufgehoben wird, daß diese Duldung oder Unterlassung Ein Mahl geschehen ist. Die Compensation setzt gegenseitige Forderungen vor-

aus, welche so beschaffen sind, daß der Gegenstand des Rechtes und der Verbindlichkeit von beiden Seiten der nähmliche ist, was bey Dienstbarkeiten nicht vorkommen kann, weil die Dienstbarkeit ein in einer bestimmten Sache bestehendes Recht ist, dessen Stelle ein anderes ähnliches Recht nicht vertreten kann; hierzu kommt noch, daß sich Dienstbarkeiten weder von der dienstbaren Sache absondern, noch auf eine andere Person oder Sache übertragen lassen (§. 485).

Von den Aufhebungsarten, welche bey Dienstbarkeiten Anwendung haben, werden der Untergang der Sache, die Vereinigung, der Zeitverlauf und der Tod in den nachfolgenden Paragraphen insbesondere behandelt, die Entsagung und die Verjährung aber bloß als allgemeine Aufhebungsarten in dem dritten Theile des Gesetzbuches.

§. 196.

Insbesondere: a. durch den Untergang der herrschenden oder dienstbaren Sache.

(§. 525 des b. G. B.)

»Der Untergang des dienstbaren oder des herrschenden Grundes stellt zwar die Dienstbarkeit ein; sobald aber der Grund, oder das Gebäude wieder in den vorigen Stand gesetzt ist, erhält die Servitut wieder ihre vorige Kraft.« Also hört durch den Untergang der herrschenden oder der dienstbaren Sache die Dienstbarkeit nur dann auf, wenn die zu Grunde gegangene Sache nicht wieder hergestellt wird. Jedoch auch dann nur in dem Falle, wenn die Sache gänzlich zu Grunde gegangen ist. Denn wäre dieß nicht, und die Ausübung der Dienstbarkeit, ungeachtet des theilweisen Unterganges wenigstens zum Theile noch möglich; so bestünde sie in so fern noch immer, als sie ausgeübt werden kann (§. 485, oben §. 166). Ob der Untergang ein zufälliger oder ein verschuldeter ist (§. 1447), hat auf die Dauer der Dienstbarkeit keinen Einfluß, aber wohl wird der Eigenthümer der dienenden Sache dem Servituts-Berechtigten zum Schadenersatze verpflichtet seyn, wenn der Untergang durch sein Verschulden veranlaßt, und die Ausübung der Dienstbarkeit dadurch unmöglich geworden ist (§. 1295).

Damit die Dienstbarkeit wieder ihre vorige Kraft erhalte, wird nicht erfordert, daß die Sache gänzlich wieder in den Zustand hergestellt werde, in dem sie sich früher befand; sondern nur darauf kommt es an, ob nach geschehener Herstellung die Ausübung der Dienstbarkeit möglich ist, oder nicht. Alle Veränderungen, welche hierauf keinen Einfluß haben, sind als zufällige anzusehen. Es ist also gleichgültig, ob das herrschende oder dienstbare Gebäude höher oder niedriger gebauet, der Gartenplatz mit den nähmlichen oder anderen Pflanzen besetzt, die Mauer stärker oder schwächer gebauet worden ist, u. dergl., wenn nur die dienstbare Sache auf die vorige Art gebraucht werden kann, und die Ausübung der Dienstbarkeit dadurch nicht lästiger wird.

Wird die herrschende Sache auf eine solche Art hergestellt, daß die Ausübung der Dienstbarkeit nicht mehr möglich ist; so liegt entweder schon in einer solchen Herstellung eine stillschweigende Verzichtleistung auf das früher zustehende Recht; oder dieses wird in einem solchen Falle vermöge des Nichtgebrauches der Regel nach durch die Verjährung erlöschen. Auf jeden Fall hat der Eigenthümer des herrschenden Gutes in einem solchen Falle wegen des Aufhörens der Dienstbarkeit keinen Anspruch auf Entschädigung gegen den Eigenthümer der dienstbaren Sache, da jener durch seinen Willen den Verlust der Dienstbarkeit veranlaßt hat, oder ihn als einen Zufall, der in seinem Vermögen Statt findet, tragen muß.

Wird hingegen die dienstbare Sache auf eine solche Art hergestellt, daß sie dadurch zur Ausübung der Dienstbarkeit untauglich wird; so ist zu unterscheiden, ob diese Herstellung bloß die Folge der Ausübung des Eigenthumsrechtes sey, oder ob sie einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechte des Servituts-Berechtigten enthalte. Der erste Fall ist vorhanden, wenn durch die Herstellung die Ausübung der Dienstbarkeit nicht gehindert, aber auch nicht vorbereitet wird, z. B. wenn die Mauer so zurückgerückt wird, daß die Balken des herrschenden Gebäudes nicht mehr in dieselbe eingefügt werden können. Der Eigenthümer übt auf diese Art bloß sein Recht aus, und ist darüber niemanden verantwortlich (§. 1305); nur müßte er gestatten, daß der Servituts-Berechtigte, so weit es thunlich ist, selbst solche Vorrichtungen her-

stellen lasse, wie sie die Ausübung seiner Dienstbarkeit nothwendig macht. So müßte er z. B. in dem zuvor gesetzten Falle die vorige Mauer oder die Reste derselben dem Servituts-Inhaber abtreten, oder ihm erlauben, daß er auf dem nähmlichen Platze eine Mauer so aufführe, wie sie die Ausübung der Dienstbarkeit fordert.

Würde aber die Herstellung der dienstbaren Sache auf eine solche Art unternommen, daß dadurch die Ausübung der Servitut unmöglich wird; so kann der Berechtigte, so lange er im Besitze seines Rechtes ist, gegen eine solche Veränderung, als eine Störung seines Besitzes, klagen, die Untersagung des Eingriffes, und den Ersatz des erweislichen Schadens fordern (§. 339). Geschieht die Störung insbesondere durch einen Bau, oder durch die Niederreissung eines schon vorhandenen Werkes, ohne daß der Bauende oder Niederreissende die Vorschriften der Gerichtsordnung beobachtet hat; so finden die §§. 340—342 Anwendung. Ist durch die Herstellnng die Sache schon so verändert, daß die Ausübung der Dienstbarkeit nicht mehr möglich ist, z. B. auf dem Weideplatze ist ein Gebäude aufgeführt worden; so ist der Servituts-Berechtigte dadurch in seinen Rechten gekränkt, er ist also von demjenigen, welcher den Schaden durch sein Verschulden verursacht hat, den Ersatz desselben zu fordern berechtiget (§. 1295), folglich die Zurücksetzung in den vorigen Stand, wenn sie thunlich ist, und, wenn sie nicht thunlich ist, den Schätzungswerth (§. 1323). Als nicht thunlich muß sie auch dann angesehen werden, wenn die Kosten der Wiederherstellung mit dem Vortheile, welcher dadurch erreicht werden soll, im offenbaren Mißverhältnisse stehen, so daß kein guter Haushälter dieselben zu diesem Zwecke verwenden würde. Daß hierauf Rücksicht zu nehmen sey, und die Rechte des Eigenthümers dadurch beschränkt werden, beweist der §. 843, welcher eine Sache als untheilbar erklärt, wenn sie ohne beträchtliche Verminderung des Werthes nicht getheilt werden kann. Insbesondere wird nicht verlangt werden können, daß ein schon vollendetes Gebäude wegen der Ausübung der Dienstbarkeit wieder abgetragen werde, da dieß selbst der Eigenthümer der Materialien, welche zu demselben verwendet wurden, nicht verlangen kann (§§. 417—419), es aber gegen die Absicht

des Gesetzgebers wäre, die Dienstbarkeit wirksamer, als selbst das Eigenthum zu schützen.

Bey der Bestimmung der dem Berechtigten zu leistenden Schadloshaltung müßte in jedem Falle auch der Betrag in Anschlag gebracht werden, welchen der Servituts-Inhaber selbst zur Herstellung der Sache in Folge des §. 483 zu leisten gehabt hätte. Zeigte es sich, daß dieser Beytrag den Werth der Dienstbarkeit erschöpfte, oder gar überstiege; so könnte eben darum von keiner Entschädigung die Rede seyn.

Ob, wenn der Werth des entzogenen Vortheils zu vergüten ist, eine bloße Schadloshaltung oder volle Genugthuung zu leisten sey, hängt von dem Umstande ab, wie der Schade verursacht worden ist, denn »in dem Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtiget« (§. 1324).

Eben so, wie bey dem Untergange der herrschenden oder dienstbaren Sache, wird die Dienstbarkeit auch erlöschen, wenn durch eine, von einem Dritten bewirkte Veränderung, welche weder der Eigenthümer des herrschenden, noch jener des dienstbaren Gutes hindern konnte, die Ausübung der Dienstbarkeit unmöglich gemacht wird, z. B. wenn die Aussicht durch ein, auf dem, zwischen dem herrschenden und dem dienstbaren Gute liegenden Grunde, aufgeführtes Gebäude gehindert wird. Daß die Dienstbarkeit der Aussicht dadurch eingestellt werde, ist nicht zu bezweifeln, da der §. 484 anordnet, daß die Dienstbarkeiten, in so weit es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden müssen, ferner es schon im Begriffe der Dienstbarkeit liegt, daß durch die Beschränkung des Eigenthums des Einen der Andere einen Vortheil genieße (§. 472), folglich eine Beschränkung, aus welcher einem Andern durchaus kein Vortheil erwächst, rechtlich nicht bestehen kann. Der Schade, welchen der Eigenthümer des herrschenden Gutes in einem solchen Falle durch das Aufhören der Dienstbarkeit erlitte, müßte, da, wie vorausgesetzt wird, denselben niemand durch ein Verschulden veranlaßt hat, von ihm als ein zufälliger getragen werden.

§. 197.

b. Durch Vereinigung.

(§. 526 des b. G. B.)

»Wenn das Eigenthum des dienstbaren und des herrschenden Grundes in Einer Person vereiniget wird, hört die Dienstbarkeit von selbst auf.« Dieß folgt schon aus dem Begriffe, da die Dienstbarkeit eine fremde Sache voraussetzt (oben §. 158); daher gilt die nähmliche Regel auch bey persönlichen Dienstbarkeiten, wenn der Berechtigte durch Erbfolge, Kauf, Schenkung ꝛc. Eigenthümer der dienstbaren Sache wird. Ist die Dienstbarkeit in den öffentlichen Büchern eingetragen; so steht es nach erfolgter Vereinigung dem Eigenthümer der dienstbaren Sache frey, die Löschung der Dienstbarkeit zu begehren. Macht er aber von dieser Befugniß keinen Gebrauch, so wird die Dienstbarkeit durch die Vereinigung nur eingestellt, und wieder wirksam, sobald das herrschende und das dienstbare Gut an verschiedene Eigenthümer gelangen, wie dieß der §. 526 in folgenden Worten enthält: »Wird aber in der Folge Einer dieser vereinigten Gründe wieder veräußert, ohne daß inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöschet worden; so ist der neue Besitzer des herrschenden Grundes befugt, die Servitut auszuüben.«

Die Dienstbarkeit hat nähmlich, wenn sie aus den öffentlichen Büchern nicht gelöscht worden ist, ihrer rechtlichen Form nach immerfort bestanden (§. 350), nur erscheint die Ausübung derselben nach der Vereinigung als eine Aeußerung des Eigenthumsrechtes; sobald aber die dienstbare Sache eine fremde geworden ist, steht nichts entgegen, daß der formale Besitz wieder in der Art wirksam werde, wie er früher ausgeübt worden ist.

§. 198.

c. Durch das Aufhören des Rechtes des Vormannes.

(§. 527 des b. G. B.)

»Hat das bloß zeitliche Recht desjenigen, der die Servitut bestellt hat, oder die Zeit, auf welche sie beschränkt

worden ist, dem Servituts-Inhaber aus öffentlichen Büchern, oder auf eine andere Art bekannt seyn können; so hört nach Verlauf dieser Zeit die Servitut von selbst auf.«

Der Grund hiervon liegt in der Regel, daß niemand mehr Rechte an den Anderen abtreten kann, als er selbst hat (§. 442). Hatte also derjenige, welcher die Servitut bestellte, oder der Vormann, von welchem die schon bestellte Servitut auf einen Andern übertragen worden ist, nur ein, aus der Natur seines Verhältnisses, durch Beyfügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung, auf eine gewisse Dauer beschränktes Recht, wie z. B. der Ehemann rücksichtlich des Heirathsgutes; der unter einer auflösenden Bedingung, oder auf eine gewisse Zeit eingesetzte Erbe oder Vermächtnißnehmer auf die ihm unter einer solchen Beschränkung hinterlassene Erbschaftssache; so kann er auch einem Andern über die Dauer seines Rechtes hinaus kein Recht einräumen, wenn anders der Servituts-Inhaber von diesem Umstande Kenntniß hatte, oder haben sollte. War die vorausgesetzte Beschränkung in den öffentlichen Büchern eingetragen; so ist sie gegen den Erwerber des Servituts-Rechtes wirksam, er mag davon Kenntniß gehabt haben oder nicht (§. 443); aber auch die auf was immer für einem Wege erhaltene Kenntniß bringt für ihn rechtliche Wirkung hervor, weil, in so fern das Recht aus der Verleihung eines Anderen hergeleitet wird, dasselbe sich nur so weit erstrecken kann, als es dem Verleiher selbst zustand; ein Fall aber, wo die Erwerbung aus der Verfügung des Gesetzes abgeleitet werden könnte, nicht vorhanden ist, indem es demjenigen, welcher das Verhältniß seines Vormannes kennt, an der Redlichkeit fehlt, welche bey den unmittelbar aus der Verfügung des Gesetzes Statt findenden Erwerbungen (§§. 367 und 456) vorausgesetzt wird,

Unter den Worten des §. 527, dem das zeitliche Recht des Vormannes aus öffentlichen Büchern, oder auf eine andere Art bekannt seyn konnte, ist nicht die Möglichkeit schlechterdings zu verstehen, indem sonst gar kein Fall ausgenommen wäre, denn von jedem Thatumstande kann man Kenntniß erlangen: der Ausdruck: können bedeutet also hier vielmehr so viel als:

sollen. Dieser Sinn stellt sich erstens als der richtige für den Fall dar, wo die Beschränkung aus den öffentlichen Büchern erkannt werden kann, denn in diesem Falle enthält das Können offenbar das Sollen, indem es im §. 443 heißt: »Wer diese Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit.« Dieser Sinn muß aber ferner auch für andere Fälle als der richtige angenommen werden, weil nur das, was der Erwerber wirklich wußte, oder zu wissen schuldig war, auf seine Rechte Einfluß haben kann. Eben dieß wird auch durch die Worte des §. 468 bestätiget, wo es von einem ganz ähnlichen Falle heißt: wenn anders dieser Umstand (nähmlich daß das Pfandrecht auf eine gewisse Zeit beschränkt wurde, oder daß der Pfandgeber nur ein zeitliches Recht auf die Sache hatte) dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt seyn konnte.« Das Können wird hier nur von dem Falle der Eintragung in die öffentlichen Bücher ausgesagt, wo es, wie schon bemerkt wurde, offenbar mit dem Sollen gleichbedeutend ist.

Konnte aber die Beschränkung des Rechtes des Vormannes nicht aus den öffentlichen Büchern ersehen werden, und war sie dem Erwerber der Dienstbarkeit auch nicht auf andere Art bekannt; so hat sie auf den redlichen Erwerber des Servituts-Rechtes keinen Einfluß, sondern dieses wird fortbestehen, wenn auch das Recht des Vormannes vermöge der vorausgesetzten Beschränkung schon aufgehört hätte; dieß ergibt sich aus dem Gegensatze dessen, was eben der §. 527 enthält, und wird durch die Analogie des §. 456 bestätiget.

§. 199.

d. Durch den Verlauf der Zeit.

(§. 528 des b. G. B.)

Daß die Dienstbarkeiten, sie mögen dingliche oder persönliche seyn, wenn sie nur auf eine gewisse Zeit verliehen worden sind, durch den Verlauf dieser Zeit aufhören, unterliegt keinem Zweifel, und wird in dem §. 527 schon vorausgesetzt, da durch Uebertragung nur in so fern ein Recht erworben wird, als der Verleiher es übertragen konnte, und übertragen zu wollen er-

klärt hat. Aber zweifelhaft wäre die Dauer der Dienstbarkeit, wenn sie bis zur Zeit verliehen worden ist, da ein Dritter ein bestimmtes Alter erreicht, und dieser Dritte vor diesem Alter stirbt. Daher wird für diesen Fall in dem §. 528 folgende Regel festgesetzt: »Eine Servitut, welche jemanden bis zur Zeit, da ein Dritter ein bestimmtes Alter erreicht, verliehen wird, erlischt erst zu der bestimmten Zeit, obschon der Dritte vor diesem Alter verstorben ist.«

Das Gesetz nimmt also an, daß die Beyfügung des Alters zur Bestimmung der Dauer der Dienstbarkeit geschehen ist, nicht aber als Bedingung beygefügt wurde, von welcher der Genuß des Rechtes abhängen soll. Wenn also z. B. einer Witwe der Fruchtgenuß eines Gutes bis zur Großjährigkeit ihres Kindes verliehen worden ist, das Kind aber in dem Alter von zehn Jahren stirbt; so wird der Fruchtgenuß doch noch vierzehn Jahre dauern, obwohl das Kind die Großjährigkeit nicht erreicht hat.

§. 200.

e. Vermöge der Natur der persönlichen Dienstbarkeiten.

(§ 529 des b. G. B.)

»Persönliche Dienstbarkeiten sind ihrem Begriffe nach auf die Person dessen beschränkt, dem sie verliehen werden, und hören also mit dem Tode desselben auf.« Doch ist diese aus der Natur der persönlichen Dienstbarkeiten fließende Bestimmung nicht so wesentlich, daß davon nicht abgegangen werden könnte, persönliche Dienstbarkeiten können also auch durch ein besonderes Uebereinkommen, oder die ausdrückliche Bestimmuug des Verleihers auf die Erben ausgedehnt werden. Für den Fall, wo nicht näher bestimmt worden ist, welche Erben zu verstehen seyen, verordnet der §. 529: »Werden sie ausdrücklich auf die Erben ausgedehnt; so sind im Zweifel nur die ersten gesetzlichen Erben darunter verstanden,« d. h. diejenigen, welche dem Erwerber der Dienstbarkeit zunächst als gesetzliche Erben succedirten, wenn er ohne Erklärung des letzten Willens sterben würde. Daß die gesetzliche Erbfolge in Ansehung ihrer wirklich eintrete,

ist nicht wesentlich, denn ihr Recht gründet sich nicht auf den Willen dessen, der sich im Genusse der Dienstbarkeit befand, sondern auf den Willen des Verleihers; es kann ihnen also auch durch den Willen des Erwerbers der Dienstbarkeit nicht entzogen werden, sondern diese wird auf sie übergehen, wenn auch der erste Erwerber der Dienstbarkeit Andere zu Erben einsetzte [1]. Nur das liegt im Begriffe, daß sich die im Gesetze angedeuteten Personen in solchen Umständen befinden müssen, daß sie wirklich gesetzliche Erben werden könnten, denn sind sie zur Erwerbung des Erbrechtes unfähig; so kann man sie nicht unter dem Ausdrucke: Gesetzliche Erben, verstehen, sie können folglich auch auf die persönliche Dienstbarkeit keinen Anspruch machen.

»Das einer Familie verliehene Recht aber geht auf alle Mitglieder derselben über.«

Herr Hofrath v. Zeiller versteht diese Anordnung auch von den zur Zeit der Verleihung noch nicht gebornen Mitgliedern der Familie [2]; der Herr k. k. Rath Schuster [3] glaubt aber diesen Ausdruck auf die zur Zeit der Bestellung der Dienstbarkeit vorhandenen Mitglieder beschränken zu müssen, a) weil das Wort Mitglieder bloß die Zeitgenossen andeute, und der §. 530 im Gegensatze mit dem Ausdrucke Mitglieder, das Wort Nachfolger, gebraucht; b) weil sonst die Anordnung des §. 529 mit jener des §. 627, welche die Errichtung eines Familien-Fideicommisses nur mit besonderer Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt gestattet, im Widerspruche stände, denn ein Recht, welches auf alle, auch künftige Mitglieder einer Familie übergehen soll, wäre im Grunde ein Familien-Fideicommiß (§. 618).

Allein diese Gründe rechtfertigen nicht die angeführte Beschränkung des Wortes Mitglieder, da nach dem allgemeinen und dem gesetzlichen Sprachgebrauche (§. 40) unter Familie »die Stammältern mit allen ihren Nachkommen« verstanden werden, folglich Mitglieder derselben nicht bloß die zu einer gewissen

---

[1] Eine andere Ansicht äußert Herr Landrath Nippel in seinen Erläuterungen des §. 529, Z. 2.

[2] S. den Commentar desselben zu dem §. 529.

[3] Commentar des b. G. B. S. 135.

Zeit lebenden, sondern auch alle künftigen Glieder derselben sind. Auch zeigt die Textirung des §. 529, daß der dritte Satz desselben einen Gegensatz des zweyten enthalte, dieser Gegensatz besteht aber nur darin, daß im zweyten Satze der Ausdruck Erben, auf die nächsten gesetzlichen Erben beschränkt; der Ausdruck Mitglieder aber unbeschränkt auf alle ausgedehnt wird.

Nimmt man aber auch diese Auslegung als die richtige an; so entsteht hierdurch doch kein Widerspruch zwischen dem gegenwärtigen und dem §. 627, denn eine für alle, auch künftigen Mitglieder, einer Familie bestellte persönliche Dienstbarkeit unterscheidet sich noch immer wesentlich sowohl von einer fideicommissarischen Substitution, als von einem Familien-Fideicommisse, indem durch jene der eingesetzte Erbe das eingeschränkte, durch diese das Nutzungseigenthum (§. 613 und 629), folglich weit ausgedehntere Rechte erhält, als die persönlichen Dienstbarkeiten in sich schließen, es sind daher auf diese die Beschränkungen der §§. 612 und 627 nicht anzuwenden: dagegen kommen den persönlichen, einer Familie verliehenen Dienstbarkeiten auch jene Anordnungen nicht zu Statten, durch welche das Gesetz für die Aufrechthaltung eines mit gehöriger Bewilligung errichteten Familien-Fideicommisses sorgt, es wird also eben dadurch leichter möglich, eine solche Dienstbarkeit durch Uebereinkommen der Betheiligten aufzuheben, auch kann sie durch Verjährung leichter erlöschen (vergl. den §. 1474 mit den §§. 1478 u. 1488). Ueberdieß zeigt die Vergleichung des gegenwärtigen Gesetzbuches mit dem Galizischen, daß unter dem Worte Mitglieder, alle, auch die künftigen verstanden werden, denn dort (2. Thl. §. 315) lautet die hierher gehörige Verfügung folgender Maßen: »Persönliche Servituten hören mit dem Tode der Person auf; dieses ist auch von moralischen Personen, von Familien und Gemeinden zu verstehen, welche für todt angesehen werden, sobald alle Mitglieder, welche zur Zeit der Erwerbung gelebt haben, mit Tode abgegangen sind.« Hieraus sieht man, daß nach dem Galizischen Gesetzbuche für moralische Personen und Familien eine gleiche Beschränkung bestand, daß aber das jetzige Gesetzbuch diese Beschränkung aufgehoben hat. Rücksichtlich der moralischen Personen ist dieß auf eine, keinem Zweifel unterliegende Weise be-

stimmt worden, indem es im §. 529 heißt: »Die von einer Gemeinde oder einer andern moralischen Person erworbene persönliche Servitut dauert so lange, als die moralische Person besteht;« folglich haben nicht nur die Mitglieder, welche zur Zeit der Erwerbung gelebt haben, den Genuß derselben, sondern auch alle zukünftigen Mitglieder der Gemeinde oder der moralischen Person. Rücksichtlich einer Familie drückt sich das Gesetz zwar mit anderen Worten aus, allein daran läßt sich doch nicht zweifeln, daß man in dem gegenwärtigen Gesetzbuche auch rücksichtlich der Familie von der Bestimmung des Galizischen Gesetzbuches abgegangen ist, und es ist wohl anzunehmen, daß man diese Abänderung rücksichtlich der Familie auf gleiche Art gemacht hat, wie sie in Bezug auf Gemeinden und moralische Personen geschehen ist, daß also die Worte: »Das einer Familie verliehene Recht geht auf alle Mitglieder derselben über,« nichts Anderes heißen, als: ein solches Recht dauert so lange, als die Familie besteht, oder noch Mitglieder derselben vorhanden sind, sie mögen zur Zeit der Bestellung schon gelebt haben, oder erst nachher geboren worden seyn.

In welchem Sinne in dem folgenden Paragraphe das Wort Nachfolger gebraucht wird, und daß hieraus kein Gegensatz mit dem Worte: Mitglieder, folgt, wird sich aus der Erläuterung des nachfolgenden Paragraphes ergeben.

§. 201.

Unterschied zwischen Renten und persönlichen Dienstbarkeiten.

(§. 530 des b. G. B.)

»Beständige jährliche Renten sind keine persönliche Servitut, und können also ihrer Natur nach auf alle Nachfolger übertragen werden.«

Unter Renten versteht man überhaupt bestimmte Einkünfte, welche nicht als Entgeld für Arbeit oder für Dienste bezogen werden. Gemeiniglich werden sie für die Benützung eines Grundes oder eines Capitales entrichtet, daher unterscheidet man vorzüglich Grund- und Capitals-Renten. Zu den letzten gehören insbesondere diejenigen, welche für ein Capital gezahlt werden, das

einem Andern unter der Bedingung überlassen worden ist, es nie zurück zu zahlen. Sind die Renten in einem solchen Falle für immer zu entrichten, so heißen sie immerwährende (von dieser Art sind die in München gewöhnlichen, so genannten Ewiggelder [1]); sonst heißen sie Zeit-Renten, zu welchen die Leib-Renten und Tontinen gehören.

Es ergibt sich also schon aus dem Begriffe der beständigen jährlichen Renten, daß das Recht, sie zu fordern, nicht auf eine gewisse Person eingeschränkt ist, sondern jedem zustehe, auf welchen dieses Recht durch Erbfolge, oder durch einen besondern Titel, Kauf, Schenkung ꝛc. übergegangen ist, daß also hier unter dem Worte Nachfolger, keineswegs bloß die Erben, oder die Mitglieder einer Familie, sondern überhaupt die Nachfolger in dem Rechte, sie mögen Universal- oder Particular-Nachfolger seyn, zu verstehen seyen.

---

[1] S. Gönner's Commentar über das Hypotheken-Gesetz für das Königreich Bayern §. 10, S. 24; und Riedl: Das Münchner Ewiggeld-Institut. München 1819.

Wien 1832.

Gedruckt bey den Edlen v. Ghelen'schen Erben.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Winiwarter, Joseph <<von>>,

Das österreichische bürgerliche Recht

Bd.: 2

Wien 1832
J.austr. 61 m-2/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10543419-6